Sicherungsübereignung

und

Sicherungscession

nach

gemeinem Recht und B. G. B.

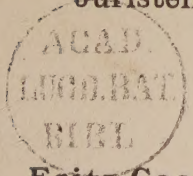
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock.



Vorgelegt von

Fritz Caspari, Referendar aus Berlin.

Stuhr'sche Buchhandlung.

Inhaber: Heinrich Caspari.

Berlin 1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0045

„Meinen lieben Eltern.“

Inhalts-Verzeichnis.

A. Gemeines Recht.

I. Die Sicherungsübereignung. Seite

§ 1. Begriff und Wesen der Sicherungsübereignung . . . 1
§ 2. Arten der Sicherungsübereignung 4
§ 3. Stellung der Sicherungsübereignung zum Pfandrecht . 6
§ 4. Sind Sicherungsübereignungen simulierte Geschäfte? . 9
§ 5. Verbot der lex commissoria und die Gesetze über die Mobiliarhypothek 13
§ 6. Anwendung der lex commissoria und der Mobiliarhypothek auf die Sicherungsübereignung 18

II. Die Sicherungscession.

§ 7. Begriff und Arten der Sicherungscession 28
§ 8. Stellung des Forderungspfandrechts zur Sicherungscession 29
§ 9. Anwendung der pfandrechtlichen Normen auf die Sicherungscession 32

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 10. Sicherungsübereignung 35
§ 11. Sicherungscession 40

C. § 12. Schlussbetrachtung mit Rückblick auf die englische Gesetzgebung 43

Litteratur-Verzeichnis.

Barthelmes: Das Handeln in fraudem legis. Göttinger Inaug. Dissert. 1889.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883.

— Besprechung von Leist's Schrift in der Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 32, S. 367 f.

Becker: Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Erlanger Inaug. Dissert. 1899.

Behrend: In von Holtzendorffs Encyklopädie No. III, 2.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 17.

Bremer: Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, 1867.

Budde: Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Rostock, Bd. IV, S. 144, Bd. VIII, S. 80.

Bütow: Die Sicherungsübereignungen. Göttinger Inaug. Dissert. 1894.

Dahn: Deutsches Rechtsbuch, 1877.

Dernburg: Pandekten I, 1, 1900.

— Preussisches Privatrecht I.

— Das Bürgerliche Recht, Bd. III.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 11, Bd. 24, 30 u. 26.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 3.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, Bd. 3.

Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Komm.-Berichte 1880, Sachenrecht 3. Bd., S. 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II.

Engel: Sicherungsübereignung und Sicherungscession nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Rostocker Inaug. Dissert. 1902.

Förster: Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts, Bd. III.

Gerber: Deutsches Privatrecht.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Motive zur Reichskonkursordnung, 1898.

Hellwig: Verpfändung und Pfändung von Forderungen.

Hellwig: Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung im Archiv für civ. Praxis, Bd. 64, S. 369.

Hoever: Ueber das Verhältnis des jugnus nominis zu der cessio in securitatem. Erlanger Inaug. Dissert. 1898.

Ihering: Geist des römischen Rechts.

Kohler: Pfandrechtliche Forschungen, 1882.

— Studien über Mentalreservation und Simulation in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 16, S. 91 f.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., 1898.

Lang: Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Arch. für civ. Praxis, Bd. 93. S. 296 ff.

Leist: Die Sicherung von Forderungen. Jena 1889.

Leonhardt: Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch blossen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium in Gruchot, Bd. 25, S. 177 f.

Linckelmann: Die Sicherungsübereignungen im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 7, S. 209 f., mit Nachwort von Kohler.

Meibom: Das deutsche Pfandrecht, 1867.

Motive: zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, 1896. Allgemeiner Teil, III. u. IV. Bd.

Müller: Forderungspfandrecht und Sicherungscession. Erlanger Inaug. Dissert. 1897.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Bd., 1899.

Oertmann: Pfandrecht an eigener Schuld. Archiv für civ. Praxis, Bd. 81.

— Die fiducia im römischen Privatrecht.

Pfaff: Zur Lehre von dem sogenannten in fraudem legis agere, 1892.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., 1902.

Regelsberger: Pandekten I.

Savigny: System III.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 40, 1885, S. 287 f., Bd. 41, 1889, S. 132 f.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages, II. Legislaturperiode, 2. Session 1874/75, 4. Bd. 1875, S. 1363 f.

Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages, Bd. 11, S. 130 f.

Wienstein: Bemerkungen zum Begriffe des fiduciarischen Rechtsgeschäfts in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, 2. u. 3. Heft, S. 232 f.

Wilutzky: Die Innen- und die Aussenseite des fiduciarischen Rechtsgeschäfts in der deutschen Juristenzeitung, 6. Jahrgang, 1901 No. 1, S. 20.

— Reputed Ownership im deutschen Recht. Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang, 1902 No. 9, S. 217.

Windscheid: Pandekten I, 1900.

A. Gemeines Recht.

I. Die Sicherungsübereignung.

§ 1.

Begriff und Wesen der Sicherungsübereignung.

I.

„Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Man entnimmt Darlehn, borgt in hundert Formen, kauft auf Kredit. Der Gläubiger gewährt ihn ohne Sicherstellung in der Regel nur Personen, deren Zahlungsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und nur auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit giebt er Kredit nicht leicht auf blosse Handschrift — chirographarisch — verlangt vielmehr Deckung durch Pfand — gewährt nur Realkredit.“ Mit diesen Worten leitet Dernburg[1] in seinen Pandekten die Lehre vom Pfandrecht ein und charakterisiert damit treffend den wirtschaftlichen Entstehungsgrund des Instituts der Pfandbestellung. Der Gläubiger wird häufig der Person des Schuldners, seiner Zuverlässigkeit, gesellschaftlichen Stellung und allgemeinen Vermögenslage nicht das zur Kreditgewährung erforderliche Vertrauen entgegenbringen; er wird bestrebt sein, die Verwirklichung seines Forderungsrechts von den persönlichen Verhältnissen des Schuldners abhängig zu machen und sich eine dingliche Sicherheit zu verschaffen, welche ihm die Möglichkeit bietet, auf jeden Fall zu seinem Gelde zu kommen. Der natürlichste Weg zur Erreichung dieses Zweckes ist die Bestellung eines Pfandes. Der Schuldner übergiebt dem Gläubiger eine Sache mit der Bestimmung, der Gläubiger solle ermächtigt sein, diese behufs seiner Befriedigung zu verkaufen, falls

[1] Dernburg, Bd. I, 2, S. 250.

die Schuld am Fälligkeitstermin nicht getilgt wird. Es kommt nun aber nicht selten vor, dass sich die Parteien einer anderen Rechtsform bedienen, um den ökonomischen Effekt der Pfandbestellung hervorzurufen. Anstatt des dinglichen Rechts wird dem Gläubiger das Eigentum an der Sache eingeräumt, allerdings unter einer Beschränkung, welche erkennen lässt, dass der Eigentumsübergang kein endgiltiger oder unbedingter sein soll, sondern lediglich dem mit Erlöschen der Forderung wegfallenden Sicherungszweck zu dienen bestimmt ist. Indem die Uebereignung, welche an sich über das Ziel einer blossen Pfandsicherheit weit hinausschiesst, in ein Abhängigkeitsverhältnis zu einer durch sie gesicherten Forderung gesetzt wird, wird die Basis für ein neues Pfandinstitut geschaffen, die sogenannte Sicherungsübereignung.

II.

Einer Art der Sicherungsübereignung begegnen wir schon in der fiducia des älteren römischen Rechts. Der Schuldner übereignete dem Gläubiger eine Sache durch mancipatio oder in jure cessio, so dass der Gläubiger nach aussen hin zu jeder Verfügung über die Sache berechtigt war. Dem Pfandzwecke wurde erst durch eine beschränkende Nebenabrede, das pactum fiduciae, Rechnung getragen, welche den Gläubiger im Innenverhältnisse obligatorisch verpflichtete, von seinem Eigentumsrechte nur in soweit Gebrauch zu machen, als es zur Befriedigung wegen seiner Forderung notwendig erscheint. Es war dies zu jener Zeit überhaupt die einzige Form, in welcher dem Gläubiger eine Realsicherheit gewährt werden konnte. Die Ungelenkigkeit eines noch unentwickelten Rechtssystems nötigte die Parteien, zu einem Mittel zu greifen, welches als solches ihren Zwecken keineswegs entsprach.[1]

Nach Ausbildung eines Pfandrechts ist dieses Moment gegenstandslos geworden; doch spielt die Sicherungsübereignung in unserem Rechtsleben auch heute noch eine wichtige Rolle. Es sind Gründe wirtschaftlicher Natur, welche dazu führen, der Sicherungsübereignung vor der eigentlichen Pfandbestellung den Vorzug zu geben. Hierbei können freilich die Fälle der Sicherungsübereignung nicht in Betracht kommen, bei denen sich der Eigentumsübergang

[1] Oertmann, die fiducia im röm. Priv.-Recht, S. 76, S. 257.

mittelst reeller Tradition vollzieht. Regelmässig wird nämlich vereinbart, dass der Schuldner im Besitze der Sache verbleiben soll; die Uebergabe wird durch ein constitutum possessorium ersetzt. Während nun eine wirksame Verpfändung von Mobilien nur in der Form des Faustpfandes möglich ist, eröffnet sich dem Schuldner durch die Sicherungsübereignung ein Weg, sich Realkredit zu verschaffen, ohne Gebrauch und Nutzung der die Unterlage des Kredits bildenden Gegenstände entbehren zu müssen. Es ist dies von einschneidender Bedeutung für die ärmeren Klassen der Bevölkerung, die ausser Stande sind, dem Kreditgeber die Innehabung von Stücken ihres beweglichen Vermögens zu opfern, da sie zur Erhaltung ihres Hausstandes unbedingt erforderlich sind. Nicht minder schwer wird die Unzulässigkeit der Mobiliarhypothek von den Besitzern gewerblicher oder landwirtschaftlicher Betriebe empfunden. Der Fabrikant, der seine Maschinen, der Landwirt, der sein Inventar seinem Gläubiger zur Sicherung aushändigen müsste, würde damit seine wirtschaftliche Existenz in Frage stellen. Er wählt daher zur Befriedigung seines Kreditbedürfnisses ein Mittel, durch welches er jener nachteiligen Folge entgeht, die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium.[1]

Die Erscheinung, unter der heute die Sicherungsübereignung am häufigsten zu Tage tritt, ist der Kauf mit Rückkaufsberechtigung des Schuldners. Dem Gläubiger wird die zu seiner Sicherung dienende Sache unter Verrechnung des Kaufpreises auf seine Forderung verkauft, während sich der Schuldner das Recht vorbehält, dieselbe binnen einer bestimmten Frist wieder zurückzukaufen. Verbleibt dem Schuldner, was die Regel ist, auf Grund eines Mietsvertrages der Gewahrsam der Sache, so erhöht sich der Rückkaufspreis um die Zinsen, für die ihm in der Zwischenzeit zu Teil gewordene Nutzung, falls diese nicht schon während der Dauer des Mietsverhältnisses zu entrichten sind.[2]

---

[1] Im Mittelalter diente die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium vielfach zur Umgehung des kanonischen Zinsverbots. Der Gläubiger liess sich Mobilien des Schuldners übereignen und vermietete sie dann dem Schuldner gegen Zahlung eines Mietszinses, welcher dem Zinsfuss der Forderung gleichkam.

[2] Leist, die Sicherung von Forderungen durch die Uebereignung von Mobilien S. 1 f. Unter Umständen kann auch eine Rückkaufsverpflichtung des Schuldners vereinbart sein, wenn die persönliche Forderung des Gläubigers auf Rückzahlung nicht durch Verrechnung auf den Kaufpreis untergehen soll.

§ 2.

Arten der Sicherungsübereignung.

I.

Die beschränkende Nebenabrede, durch welche die Uebereignung in dem Institut der Sicherungsübereignung den Pfandzwecken dienstbar gemacht wird, kann eine dingliche oder eine obligatorische Rechtswirkung zum Inhalt haben. Dinglich ist sie, wenn der Eigentumsübertragung eine Bedingung hinzugefügt ist, obligatorisch, wenn nur eine persönliche Verpflichtung des Gläubigers in Beziehung auf die übereignete Sache begründet wird. Hiernach kann man zwei Hauptgruppen der Sicherungsübereignungen unterscheiden, die bedingten und die obligatorischen Sicherungsübereignungen [1] Diese beiden Hauptgruppen lassen sich wieder in je zwei Untergruppen einteilen. Die bedingten Sicherungsübereignungen zerfallen in die suspensiv und die resolutiv bedingten Sicherungsübereignungen, die obligatorischen in die fiduciarischen Sicherungsübereignungen und das sogenannte pignus irregulare. Ueber den Charakter der einzelnen Arten ist folgendes zu bemerken.

a) bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung übergiebt der Schuldner dem Gläubiger die Sache, das Eigentum daran soll aber erst dann auf den Gläubiger übergehen, wenn der Schuldner bis zu einem gewissen Zeitpunkte seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkommt. Dieser Fall der Sicherungsübereignung steht am nächten dem Pfandvertrag mit lex commissoria.

b) Wenn die Parteien eine Sicherungsübereignung unter einer Resolutivbedingung abschliessen, so hat dieser Vertrag die Bedeutung, dass der Gläubiger sogleich mit der Uebergabe der Sache Eigentümer derselben wird. Durch die hinzugefügte Bedingung wird jedoch das Eigentum des Gläubigers beschränkt, es soll nämlich ipso jure wieder an den Schuldner zurückfallen, wenn dieser an dem verabredeten Termine seine Schuld begleicht.

c) Aehnlich wie mit der resolutiv bedingten verhält es sich mit der fiduciarischen Sicherungsübereignung. Auch hier wird der Gläubiger sofort Eigentümer der Sache.

---

[1] vgl. Leist, a. a. O. S. 12 f. Bütow, die Sicherungsübereignungen, Gött. Inaug.-Dissert. 1894, S. 6 f. Linckelmann, die Sicherheitsübereignungen im Arch. für bürg. Recht, Bd. 7, S. 211.

Während aber dort bei Tilgung der Schuld ein unmittelbarer Rückfall des Eigentums an den Schuldner eintritt, entsteht hier nur eine obligatorische Verpflichtung des Gläubigers zur Rückübertragung. Der Gläubiger ist wie bei der altrömischen fiducia lediglich nach innen hin einer Beschränkung unterworfen. Abzuweisen ist allerdings die Ansicht Dernburg's,[1] nach welcher es bei den fiduciarischen Geschäften auch nicht einmal einer Rückübertragung an den Schuldner bedarf. Wenn er ausführt, dass das Wesen der fiduciarischen Geschäfte darin besteht, dass der Fiduciar nach aussen hin die Stellung eines Eigentümers erlangt, während er nach innen hin lediglich Bevollmächtigter ist, so verkennt er die Bedeutung des pactum fiduciae. Es hat stets nur obligatorischen Charakter und berührt auch im Innenverhältnis in keiner Weise die Eigentumsübertragung. Die Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 3, S. 344, auf welche sich Dernburg für seinen Standpunkt beruft, hat es nicht mit einem fiduciarischen, sondern mit einem simulierten Rechtsgeschäfte zu thun.

d) Nahe verwandt mit der fiduciarischen Sicherungsübereignung ist das pignus irregulare. Es besteht darin, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Anzahl von Geldstücken oder anderen Fungibilien zu Pfandzwecken übergiebt. Allerdings geht das Eigentum in diesem Falle endgiltig auf den Gläubiger über, insofern dieser nur zur Rückerstattung von tantundem ejusdem generis verpflichtet ist. Wir sind aber deswegen berechtigt, das pignus irregulare als eine Art der Sicherungsübereignung anzusehen, weil jedenfalls der Betrag der verpfändeten Species dem Schuldner erhalten bleiben soll, wenn auch die Species juristisch aus seinem Vermögen ausscheidet.

II.

Die Praxis der Gerichte hat sich bisher fast ausnahmslos nur mit den obligatorischen Sicherungsübereignungen beschäftigt. Es kommt nur selten vor, dass die Parteien vereinbaren, es solle der Eigentumsübergang bei Nichtzahlung der Schuld sich vollziehen oder bei Zahlung der

[1] Dernburg, Pandekten I, S. 231, 232. Gegen Dernburg: Lang, Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 83, S. 336 f., a. a. O. S. 344.

Schuld aufgehoben sein. Nur ein Fall in den Entscheidungen des Reichsgerichts ist uns bekannt, in welchem es sich um eine resolutiv bedingte Sicherheitsübereignung handelte. Hier war ausdrücklich bestimmt, dass nach Tilgung der Schuld der Schuldner nicht bloss berechtigt sein sollte, die Rückgabe der übereigneten Sache vom Gläubiger zu verlangen, sondern ohne weiteres Eigentümer werden sollte, als ob eine Veräusserung nicht erfolgt wäre.[1] Unter den obligatorischen Sicherungsübereignungen wird für unsere Abhandlung nur die fiduciarische interessieren. Gerade dasjenige Moment, welches zur Schaffung eines zweiten Pfandinstitutes in der Form der Sicherungsübereignung gedrängt hat, die Möglichkeit einer pfandrechtlichen Sicherheit ohne reelle Tradition, fällt bei dem pignus irregulare vollkommen hinweg. Ein constitutum possessorium ist im letztern Falle kaum denkbar; ein Eigentumsübergang an den Fungibilien, insbesondere den Geldstücken würde, wenn dieselben im Gewahrsam des Schuldners verblieben, mit dem Augenblick illusorisch werden, wo sie sich mit dem Gelde des Schuldners vermischen. Wir denken hier insbesondere an den Regelfall des pignus irregulare, die Bestellung einer Geldkaution.[2]

§ 3.

Stellung der Sicherungsübereignung zum Pfandrecht.

I.

Sowohl das Pfandrecht wie die Sicherungsübereignung verfolgt den Zweck, dem Gläubiger eine erhöhte Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. Ihrem juristischen Wesen nach gehen aber beide Institute weit auseinander. Dies zeigt ein Blick auf die Stellung der beteiligten Personen.

II.

Beim Pfandrecht bleibt der Schuldner Eigentümer der Pfandsache; freilich wird das Eigentum dadurch beschränkt, dass für den Gläubiger eine dingliche Gebundenheit an der Sache entstanden ist. Als Eigentümer kann der Schuldner das Pfand weiter verpfänden, wenn auch das einmal begründete Pfandrecht natürlicherweise späteren Pfandrechten

[1] Reichsgerichtsentscheidung Bd. II, S. 173.

[2] Windscheid, Pand. I, 8. Aufl., S. 1005, Anm. 2, § 224; S. 1018 Anm. 2, § 226a.

vorgeht.[1] Er kann zweifellos die Pfandsache mit dem an ihr haftenden Rechte des Gläubigers auch veräussern, ohne dass der Gläubiger den Eigentumsübergang auf den Erwerber hindern könnte. Der Schuldner darf es nur nicht und würde sich hiermit eines furtum schuldig machen, da durch die Veräusserung das Recht des Gläubigers, sich im Nichtzahlungsfalle aus der Sache zu befriedigen, faktisch vereitelt werden würde.[2]

III.

Anders verhält es sich bei der Sicherungsübereignung. Hier darf der Schuldner nicht nur die dem Gläubiger zur Sicherung übergebene Sache nicht veräussern, er kann sie auch nicht veräussern, da er, soweit wenigstens die resolutiv bedingte und fiduciarische Sicherungsübereignung in Betracht kommt,[3] das Eigentum aufgegeben hat. Er könnte höchstens seinen suspensiv bedingten Anspruch auf den Rückerwerb des Eigentums an einen Dritten übertragen. Nur zwischen der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung und dem Pfandrecht lässt sich auch eine rechtliche Verwandtschaft behaupten. Denn ebenso wie beim Pfandrecht bleibt auch bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung der Schuldner Eigentümer der Sache. Und wie beim Pfandrecht der Gläubiger ein dingliches Recht an der Sache erwirbt, erlangt er bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung eine Anwartschaft auf die Sache, wie es Leist nennt, ein „Anrecht“,[4] welches der dinglichen Gebundenheit beim Pfandrecht nahezu gleich kommt. Die Aehnlichkeit beider Institute tritt vor allem auch in dem Punkt deutlich hervor, dass der Schuldner den juristischen Besitz auf den Gläubiger überträgt. Der Schuldner würde in beiden Fällen ein furtum possessionis begehen, wenn er die Sache einem dritten tradieren würde.

IV.

Trotz aller dieser juristischen Verschiedenheiten besteht aber jedenfalls — und dieses Moment wird für unsere Ab-

[1] Dernburg, Pand. I, 2, S. 254.

[2] Dernburg, Pand. I, 2, S. 280, Anm. 5; vergl. I, 19, § 6. D. de furtis 47, 2.

[3] Das pignus irregulare muss hier überhaupt ausscheiden, weil die Geldstücke stets reell tradiert werden, dem Schuldner also auch thatsächlich die Möglichkeit fehlt, einem anderen Eigentum zu übertragen.

[4] Leist, a. a. O., S. 62.

handlung von entscheidender Bedeutung werden — insofern eine Aehnlichkeit zwischen Pfandrecht und Sicherungsübereignung, als in beiden Fällen der Schuldner die Sache, da sie lediglich zur Sicherung des Gläubigers dienen soll, nicht endgültig aus seinem Vermögen herausgiebt. Regelmässig schliesst der Schuldner nur in der Hoffnung einen solchen Vertrag, dass er vor oder wenigstens am Verfalltage seine Schuld begleichen kann.

Leist[1] versucht auf einer anderen theoretischen Grundlage die Aehnlichkeit des Pfandrechts mit den Sicherungsübereignungen zu konstruieren. Er geht von der Eigentümlichkeit des Pfandrechts aus, Eigentum übergehen zu lassen, wenn der Schuldner am Fälligkeitstermin nicht zahlt. Dieselbe Eigenschaft spricht er den Sicherungsübereignungen zu. In seinen weiteren Ausführungen kommt Leist in ganz natürlicher Weise auf einen speziellen Fall des Pfandrechts, nämlich auf den, bei welchem zwischen den Parteien die sogenannte lex commissoria vereinbart wird. Das Wesen der lex commissoria besteht nämlich darin, dass die verpfändete Sache im Nichtzahlungsfalle des Schuldners dem Gläubiger an Zahlungsstatt verfallen soll. Dieser Fall des Pfandrechts kann allerdings mit den Sicherungsübereignungen verglichen werden. Denn während beim reinen Pfandrecht auf den Ersteher oder Käufer der Pfandsache Eigentum übergeht, ohne dass der Pfandgläubiger selbst je in einem Augenblicke Eigentümer war, vollzieht sich der Eigentumsübergang beim Pfandrecht mit lex commissoria unmittelbar, dass heisst der Pfandgläubiger wird im Nichtzahlungsfall des Schuldners selbst Eigentümer der Sache. Genau so verhält es sich auch mit den Sicherungsübereignungen; bei diesen geht ebenfalls Eigentum auf den Gläubiger über. Dies darf aber Leist nicht veranlassen, von dem genannten Gesichtspunkt aus überhaupt eine Analogie mit dem Pfandrecht als solchem zu konstruieren. Unserer Meinung nach kann man sogar eine Analogie des Pfandrechts mit lex commissoria nur mit der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung aufrecht erhalten, denn nur bei dieser Art der Uebereignung wird verabredet, dass der Gläubiger endgiltig Eigentümer der Sache werden soll, wenn der Schuldner nicht am bestimmten Tage zahlt. Auf die fiduciarischen und resolutiv bedingten Sicherungsübereignungen lässt sich die Beweisführung Leist's nicht ohne weiteres übertragen.

---

[1] Leist, a. a. O. S. 61 f.

Mann kann zwar auch bei diesen beiden Arten der Sicherungsübereignung eine Analogie mit dem Pfandrecht mit lex commissoria konstruieren, doch nicht ohne weiteres. Es können nämlich die Parteien den ganz speziellen Fall ins Auge fassen, dass auch bei der fiduciarischen und resolutiv bedingten Sicherungsübereignung das Eigentum endgiltig dem Gläubiger verfallen sein soll, wenn der Schuldner nicht die für die Rückübertragung bezw. den Rückfall im Voraus bestimmte Frist einhält. Doch dies folgt nicht aus der Natur der Sache. Auch Linckelmann[1] ist derselben Meinung wie wir; er will nur zugeben, „dass dieses Geschäft seitens der Parteien durch wenige Zusätze so gestaltet werden kann, dass in seinem Thatbestande die wirkliche lex commissoria eingeschlossen liegt."

Wir sehen die Aehnlichkeit des Pfandrechts mit den Sicherungsübereignungen, wie bereits ausgeführt, darin, dass bei beiden Instituten der Schuldner nicht endgiltig die Sache aus seinem Vermögen herausgiebt. Diesen Gesichtspunkt, den Zweck der Institute, hat Leist — und das ist ein Fehler seiner Argumentation, garnicht berührt.[2] Er sucht lediglich eine formal juristische Aehnlichkeit zu konstruieren, ohne auf die Gleichheit des wirtschaftlichen Zweckes Gewicht zu legen.

§ 4.

Sind Sicherungsübereignungen simulierte Geschäfte?

I.

Der Umstand, dass die Sicherungsübereignung dazu benutzt wird, das Pfandgeschäft zu ersetzen, kann leicht Veranlassung geben, den Sicherungsübereignungen einen falschen Platz in der Reihe der juristischen Rechtsgeschäfte anzuweisen. Mann kann versucht sein, sie unter den Begriff der simulierten Geschäfte zu pressen, weil man sich sagt, dass es den Parteien eigentlich nur um eine Sicherstellung des Gläubigers zu thun war. Diesen Standpunkt hat auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. II, No. 45,

---

[1] a. a. O. S. 221.

[2] Doch wie Leist in seinen Fehler, so verfällt Linckelmann seinerseits in einen anderen Irrtum. Er meint, es sei von grosser Wichtigkeit, wer die Gefahr am Untergange der Sache trage, der Schuldner oder der Gläubiger. Darauf kommt es unserer Meinung nach in unserer Betrachtung keineswegs an, zumal sicherlich die Gefahrfrage durch Parteiabrede abweichend geregelt werden könnte.

S. 173 vertreten. Der Fall, welcher dort zu entscheiden war, war folgender: Durch Vertrag hatte der Mühlenbesitzer E. seine Mobilien für 9000 Mark an Kläger verkauft. E. hatte einen laufenden Kredit bei einem Vorschussverein bis zu 9000 Mark; Kläger hatte sich als Selbstschuldner dafür verbürgt. Um den Bürgen Sicherheit zu verschaffen, sollten die Mobilien dem Kläger käuflich überlassen sein. Die Uebergabe geschah durch constitutum possessorium. Es war ferner bestimmt, dass der Vertrag, sobald der Verkäufer die 9000 Mark bezahlt habe, aufgehoben sein solle. Nachher kam man jedoch überein, dass Kläger die 9000 Mark dem Vorschussverein als Selbstschuldner zahlen sollte, wofür er die verkauften Sachen zum Eigentum behalten sollte. Als ein anderer Gläubiger des E. L. H. Gegenstände des Mobiliars pfänden lässt, nimmt Kläger im Wege der Widerspruchsklage deren Eigentum für sich in Anspruch. Die Klage wurde zurückgewiesen und zwar aus folgenden Gründen: Der Vertrag, den der Widerspruchskläger vorgelegt habe, habe unverkennbar nur den Charakter einer „verschleierten Verpfändung". Es sei ja möglich, dass ein wirklicher Kaufvertrag abgeschlossen sei, um den Gläubiger für seine Forderung zu sichern. Dann müsste jedoch die Absicht auf Eigentumsübertragung und Zahlung eines Kaufpreises deutlich ersichtlich sein. Es sei ein anderes Geschäft geschlossen, da die Parteien verabredet hätten, dass die Kaufgeldforderung erst dann entstehen solle, wenn der Käufer als Bürge in Anspruch genommen werde. Es sei weder ein wahrer Kaufpreis vereinbart worden, noch hätten die Kontrahenten die Absicht gehabt, Eigentum zu übertragen. Die wahre Absicht sei gewesen, dem Widerspruchskläger ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern zu gewähren. Es liege also kein Kauf, sondern ein Pfandvertrag vor, der verboten sei.

II.

Bevor wir zu dieser Entscheidung des Reichsgerichts Stellung nehmen, müssen wir uns vor allem darüber klar sein, was simulierte Geschäfte sind.

Simulierte[1] Geschäfte sind zum Scheine geschlossene Geschäfte.[2] Die Kontrahenten sind sich einig darüber, nicht zu wollen, was sie der Aussenwelt gegenüber vorgeben.

[1] Dernburg, Pand. I, 2, S. 230, 231.

[2] Der Unterschied, den Ihering im Geist des römischen Rechts III, § 58, zwischen Scheingeschäft und simuliertem Rechtsgeschäft macht, ist dem modernen Rechte fremd.

Die Parteien wollen entweder kein Geschäft oder ein Geschäft anderer Art. Derartige Geschäfte sind vollkommen nichtig. Häufig wird durch das simulierte Geschäft ein ernstlich gemeintes verdeckt. Das verdeckte Geschäft wird dissimuliertes genannt. Dieses Geschäft ist unzweifelhaft giltig, wenn es seinerseits den an dasselbe gestellten Voraussetzungen gerecht wird.

III.

Hiernach können wir den obigen Ausführungen des Reichsgerichts nicht zustimmen. Wenn das Reichsgericht annimmt, dass die Parteien nicht die Absicht haben, Eigentum übergehen zu lassen, und deswegen die Existenz eines Kaufvertrages verneint, so verwechselt es die juristische Natur mit der wirtschaftlichen Seite der Sicherungsübereignung. Vom wirtschaftlichen Standpunkte könnte man vielleicht von einer Simulation reden, da durch die Sicherungsübereignung ein anderes Geschäft verdeckt wird, nämlich der Pfandvertrag. In diesem Sinne kann man allerdings von einer „verschleierten Verpfändung" sprechen. Juristisch dagegen ist nichts simuliert. Die Parteien wollen das Geschäft so, wie sie es abgeschlossen haben.

Mit Recht haben daher auch neuerdings vor allem Bähr und Hellwig darauf hingewiesen, dass es verfehlt sei, in der Sicherungsübereignung ein simuliertes Geschäft zu erblicken. Bähr[1] führt aus, es liege nicht der geringste Anhalt dafür vor, dass jene Geschäfte simulierte Geschäfte seien. „Es ist garnicht zu bezweifeln, dass sie, sowie sie juristisch sich darstellten, auch ganz ernstlich gemeint waren. Es sollte kein Pfandrecht, sondern Eigentum übertragen werden. Die Kontrahenten liessen sich die an diese Rechtsform sich knüpfenden (allerdings unbequemen) Folgen gefallen, weil es ihnen vor allem um das wirtschaftliche Resultat zu thun war: dingliche Sicherung des Gläubigers unter Belassung des Schuldners im Besitze der Sache".

Ebenso betont Hellwig: „Es ist sehr ernst gemeint, man will es wirklich, man will es auch ganz so, wie es geschlossen wurde, d. h. mit allen an die gewählte Rechtsform sich knüpfenden Konsequenzen. Oft sind diese Konsequenzen für eine oder beide Parteien recht unbequem, weit unbequemer, als die, welche die direkt verbotenen Rechtsformen in sich schliessen würden. Aber man nimmt jene Konsequenzen hin, weil man auf eine andere Weise als mittelst

[1] Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883, S. 61.

dieses Umweges die beabsichtigten wirtschaftlichen Ziele erreichen zu können glaubt".[1] Hellwig[2] giebt insbesondere seiner Verwunderung über die zitierte Entscheidung des Reichsgerichts Ausdruck, indem er zu folgenden Betrachtungen kommt. Der Grundgedanke dieser Entscheidung sei offenbar der, dass Kaufverträge, welche zum Zweck der Sicherung eines Gläubigers wegen seiner Forderung an den Schuldner geschlossen werden, dann giltig seien, wenn die Absicht der Kontrahenten auf die Uebertragung des Eigentums gegen die Gewährung des Kaufpreises gerichtet sei. Weil nun im vorliegenden Falle die Forderung nicht getilgt werde, so werde gefolgert, dass dem Kläger nur ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern verschafft werden sollte. Seiner Ansicht nach treffe dies auch nicht ganz zu. In den meisten Fällen werde nicht Tilgung der Forderung, sondern Sicherstellung des Gläubigers beabsichtigt sein. Wenn nun erwiesen sei, dass der Zweck des Vertrages dahin gehe, dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen, so hätten die Parteien entweder irrtümlicherweise ihrem Geschäft einen falschen Namen beigelegt oder sie wollten den Zweck der Eigentumsübertragung verdecken; dann liege eine Simulation vor. Doch mit Entschiedenheit müsse man das zurückweisen, dass daraus gefolgert werde, dass die Kontrahenten auch keine Eigentumsübertragung gewollt hätten, sondern einen Pfandvertrag abgeschlossen und diesen durch jene verschleiert hätten.[3] Wir können uns nur der Meinung Hellwig's anschliessen. Der Grundfehler des gegenteiligen Standpunktes beruht darauf, dass die dingliche Seite mit der obligatorischen verwechselt wird. Eigentum ist auf jeden Fall übergegangen, das wollten die Parteien auch ernstlich, ob die causa des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses giltig ist, ist ohne jede Bedeutung. Aus der Simulation der Form des Kaufvertrages folgt noch nicht die Simulierung der Eigentumsübertragung, da für diese der übereinstimmende Wille, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, das Wesentliche ist.[4] Deshalb ist es unzulässig, eine solche Eigentumsübertragung, weil sie nur Sicherstellung bezweckt, juristisch

---

[1] Selbst Lavigny Syst. III, S. 325 verfällt in den Irrtum, indem er zu dem u. E. unrichtigen Satze gelangt, dass man nicht das Gesetz, sondern unter Anwendung des Grundsatzes der Simulation die einzelne Handlung zu interpretieren habe.

[2] Hellwig, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 64, S. 369.

[3] Hellwig, a. a. O. S. 389.

[4] vgl. Seufferts Archiv Bd. 41, No. 85.

als verschleierte Pfandbestellung zu bezeichnen und so zu behandeln; denn die Pfandbestellung ist ernstlich nicht gewollt und absichtlich vermieden.

IV.

Fassen wir unsere Darlegung zusammen, so sind simulierte Geschäfte keine Geschäfte, weil ihnen die rechtsschöpferische Willenserklärung fehlt.[1] Sicherungsübereignungen jedoch sind völlig ernst gemeinte Geschäfte, insofern die Absicht der Kontrahenten auf Eigentumsübertragung gerichtet ist. Um ein richtiges Bild von dem rechtlichen Charakter der Sicherungsübereignung und ihrer Abgrenzung von den simulierten Geschäften zu gewinnen, muss man demnach drei Fälle unterscheiden.

1. Die Parteien haben lediglich nach aussen den Schein einer Eigentumsübertragung hervorrufen wollen. Sie hatten nicht den Willen, ein Rechtsverhältnis zwischen sich zu begründen; nur Dritte sollten getäuscht werden. Ein solcher Vertrag ist nichtig.

2. Die Parteien simulieren eine Uebereignung, sie wollen jedoch nicht dieses Geschäft, sondern ein anderes, z. B. ein Pfandgeschäft. In diesem Falle ist das vorgegebene Geschäft nichtig,[2] das sogenannte verdeckte,[3] falls es den an dasselbe gestellten Voraussetzungen genügt, giltig.[4]

3. Die Parteien haben die Uebereignung ernstlich gewollt; dies ist der Fall der Sicherungsübereignung, mit dem wir es nur zu thun haben.

§ 5.

Verbot der lex commissoria und die Gesetze über die Mobiliarhypothek.

I.

Wir haben bisher die Sicherungsübereignung aus dem Gebiet der Simulationsgeschäfte ausgeschieden und festgestellt, dass sie zu den wirklich ernsthaft gewollten Rechtsgeschäften gehören. Eine weitere Frage erhebt sich jedoch, ob die Sicherungsübereignungen nicht aus einem andern Grunde nichtig sind, nämlich wegen des Verbotes der lex commissoria und der Gesetze über die Mobiliarhypothek.

---

[1] vgl. Kohler im 16. Band der Jahrbücher für Dogmatik; Studien über Mentalreservation und Simulation S. 91 f, a. a. O. S. 100.

[2] C. 4. 22 plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.

[3] Kohler, a. a. O. S. 141.

[4] l. 3, Cod. eod. emptione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est concipitur.

II.

Der Kaiser Konstantin erliess das Verbot der lex commissaria aus schwerwiegenden Gründen.[1] Es sollte mit diesem Verbote dem Wucher das Handwerk gelegt werden. Regelmässig übergiebt der Schuldner dem Gläubiger zu seiner Sicherung eine Sache in der Erwartung, dieselbe am Fälligkeitstermine einlösen zu können. Er trägt deshalb kein Bedenken, ein Pfand zu bestellen, dessen Wert bedeutend höher ist, als der der versicherten Forderung. Häufig aber wird er in seiner Hoffnung getäuscht und kommt so in die missliche Lage, ein Vermögensstück zu verlieren, welches in keinem Verhältnis steht zu dem ihm vom Gläubiger gewährten Vorteil. Aus diesem Grunde wurde die Hinzufügung einer Verfallsklausel für nichtig erklärt,[2] da sie oft nur der Ausbeutung der Notlage des Schuldners diente. Das Verbot der lex commissoria ist auch in das gemeine Recht übergegangen. Neuerdings hat man allerdings behauptet, es sei durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867 beseitigt. Diese Ansicht ist aber zurückzuweisen, denn das Verbot der lex commissoria richtet sich gegen eine bestimmte Art des Pfandrechts und hat keinen direkten Zusammenhang mit den Zinsgesetzen.[3] Auch das Reichsgericht hat sich wiederholt für die Aufrechterhaltung des Verbotes ausgesprochen.[4]

Ueber den Charakter der lex commissoria ist niemals gestritten worden, allseitig hat man die lex commissoria als ein Verbotsgesetz angesehen. Niemand zweifelt daran, dass die Verordnung Konstantins mit Rücksicht auf das oben angeführte Motiv die lex commissoria verbietet, obgleich in der Quellenstelle kein direktes Verbot ausgesprochen, sondern nur das Wort „infirmari“ gebraucht wird. Der Sinn dieses Wortes ist der, dass einer solchen Vertragsklausel die rechtliche Wirksamkeit entzogen ist.[5]

---

[1] I. 3. C. D. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa jubemus recuperare, puod dederunt.

[2] Dernburg, Pandekten I, 2, S. 286, Anm. 10.

[3] Dernburg, a. a. O. S. 286, Anm. 11.

[4] vgl. Bd. II, S. 333, Bd. IV, S. 51.

[5] vgl. Bütow, die Sicherungsübereignungen, Göttinger Inaug.-Dissert. S. 17.

III.

Eingehender müssen wir uns mit der Frage nach dem Verbotscharakter der Mobiliarhypothek beschäftigen, da verschiedene Stimmen sich dagegen erhoben haben.

Es handelt sich im Wesentlichen darum, ob es möglich ist, oder erlaubt, Mobilien zu verpfänden, ohne dass der Eigentümer dem Pfandgläubiger den Besitz der Sache überträgt.[1] Fast in allen deutschen Staaten ist partikularrechtlich bestimmt, dass Mobilien wirksam nur verpfändet werden dürfen, wenn der Gläubiger Besitz und Gewahrsam an ihnen erhält.[2]

Einen Abschluss hat die Reichskonkursordnung dadurch herbeigeführt, dass sie im § 40 und § 14 Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung ausdrücklich den Satz ausspricht, dass nur Faustpfandgläubiger im Sinne der R. K. O. ein Absonderungsrecht haben. Diese Paragraphen bilden den Mittelpunkt der ganzen Streitfrage (vgl. Anm. 1.) Als Hauptvertreter der Ansicht, dass § 14 kein Verbotsgesetz ist, ist in der jüngsten Zeit Linckelmann zu nennen in seinem oben zitierten Aufsatz. Neben ihn tritt noch Leonhardt und endlich Becker. Alle drei gehen von dem Satz aus, dass nirgend in einem Gesetze ausgesprochen sei, dass Sicherungsübereignungen mittelst constitutum possessorium verboten seien. Linckelmann[3] führt aus, dass die betreffenden Gesetze gebietenden Inhalts seien, d. h. es sollen durch sie nur die „Vorbedingungen der Entstehung eines Rechts, nämlich der pfandrechtlichen Sicherheit, an beweglichen Sachen festgelegt werden". Nach ihm sind

---

[1] vgl. Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium; Erlanger Inaug.-Dissert. S. 14.

[2] vgl. hierzu: Beschluss des deutschen Juristentages Bd. II, S. 130. A. L. R. I, 20, § 105, Code civile Art. 2072. Württembergisches Pfandgesetz vom 15. April 1825, Art. 245 f. Sächs. Bürg. Gesetzbuch § 466, 467, 486. Die preussischen, im Jahre 1873 erlassenen, die Grundbuchgesetze in die neuen Provinzen einführenden Gesetze, Oesterreichisches Gesetzbuch § 451, Bayerisches Hypothekengesetz § 3, Grossherzoglich Sächsisches Pfandgesetz § 3, 5, 57, 58, Bremer revidierte Erb- und Handfestenordnung § 122, vgl. Gerber, deutsches Privatrecht § 152: „An beweglichen Sachen kann auch nach den neuesten Pfandgesetzen nur ein Faustpfand bestellt werden, da ihre Natur der Anwendung des auf dem Prinzipe der Ingrossation beruhenden Hypothekenbegriffs widerstrebt." Behrend in von Holtzendorff's Enzyklopädie No. 3, II, § 50, Felix Dahn, Deutsches Rechtsbuch S. 190: „Ohne Faust kein Pfand", Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I, § 354, Anm. 1, Förster: Theorie und Praxis des deutschen Privatrechts Bd. III, § 139.

[3] a. a. O. S. 223.

auch die Normen des A. L. R., des Code civile etc. sämtlich gebietenden Inhalts. Wenn auch in manchen dieser Gesetze sich die Wendung finde, „die Hypothek an beweglichen Sachen ist fortan unzulässig“, so werde doch damit kein Verbot ausgesprochen, es solle nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entstehung eines Pfandrechts an die Form eines Faustpfandes gebunden sei. Er verlangt,[1] dass ausdrücklich ein Verbot der Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium erlassen werde; dies sei jedoch nicht einmal stillschweigend geschehen; so lange dieser Zustand dauere, so lange seien auch die fraglichen Bestimmungen in der Reichskonkursordnung Gebotsgesetze. Mit besonderem Nachdruck weist Linckelmann noch darauf hin, dass der § 19 des Braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878 ausdrücklich bestimmt: „Die Veräusserung einer beweglichen Sache unter der Verabredung, dass der Veräusserer sie fortan für den Erwerber inne haben solle (constitutum possessorium) hat dritten gegenüber keine Wirkung.[2] Er zieht daraus den Schluss, dass nach den übrigen Gesetzgebungen, da sie keine derartige Vorschrift enthalten, die Sicherheitsübereignung giltig sei.

Leonhardt[3] kommt unter anderer Beweisführung zu demselben Resultate wie Linckelmann. Er weist mehr auf die wirtschaftliche Seite der Institute hin, er erblickt in dem Verbot der Sicherungsübereignung eine schwere Gefahr für die ganze Industrie. Durch sie werde es dem Viehzüchter z. B. oder dem Fabrikbesitzer unmöglich gemacht, auf seine Heerde oder auf sein Inventar Kredit aufzunehmen,[4] da sie ja beides dem Gläubiger aushändigen müssten. Welcher Schaden würde entstehen, wenn ganze Betriebe brach liegen würden, er stände in keiner Beziehung zu dem, den der Gläubiger im ungünstigsten Falle erleiden würde. Das Kreditwesen sei das natürliche und unvermeidliche Resultat unserer wirtschaftlichen Entwickelung. Das Geld sei nicht dazu bestimmt, „um in den Kasten gelegt zu werden“. Den Auswüchsen des Kreditwesens werde durch staatliche Hilfe vorgebeugt, doch dürfe dadurch der

---

[1] a. a. O. S. 228.

[2] vgl. Maybom, d. deutsche Pfandrecht S. 318.

[3] Leonhard, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch blossen Vertrag nebst einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium in Gruchot Bd. 25, § 177 f., a. a. O. S. 190.

[4] a. a. O. S. 195.

Kredit nicht ernstlich gelähmt werden, unser gesamtes wirtschaftliches und staatliches Zusammenleben werde dadurch getroffen. Das Kapital werde entwertet, die Arbeit gelähmt. Aus diesen Gründen müsse man einer jeden Beschränkung des Kreditwesens — und eine solche liege in der Beseitigung des Konventionalpfandes — mit grosser Vorsicht entgegentreten.[1]

Auf der gegnerischen Seite stehen Kohler, Bähr und Hellwig. Zu diesen gesellt sich noch Bütow.

Der Standpunkt, den diese einnehmen, geht dahin: Zugeben müsse man, dass in keinem Gesetze mit Ausnahme des oben erwähnten braunschweigischen Gesetzes die Mobiliarhypothek direkt verboten sei. Eine ausdrückliche Bestimmung sei aber nicht erforderlich, da die Tendenz des Gesetzes notwendig auf den Verbotscharakter schliessen lasse.

Wir müssen uns der letzteren Ansicht anschliessen. Wenn Linckelmann in dem braunschweigischen Gesetz eine blosse Ausnahmevorschrift erblickt, so verkennt er u. A. die Prinzipien des modernen Pfandrechts. Unsere Gegner geben selbst zu, dass gerade die Missstände, die sich aus dem römischen Pfandrechte ergaben, zum Erlass der Gesetze geführt haben, welche für das Pfandrecht an beweglichen Sachen Uebergabe verlangen. Von diesem Gesichtspunkte aus muss man aber auch dazu kommen, die §§ 14 Einführungsgesetz und 40 Reichskonkursordnung als Verbotsgesetze anzusehen. Nicht nur für ein Absonderungsrecht im Konkurse ist das Faustpfandrecht Voraussetzung, nein, man muss den Sinn des Gesetzes darin erblicken, dass es ein absolutes Verbot der Mobiliarhypothek ausspricht. Die Beseitigung der Mobiliarhypothek ist überall nur aus dem Grunde geschehen, um den Kredit, der durch dieses Institut stark gefährdet wurde, gesunden zu lassen.[2] Bei ihrer Beibehaltung sind die Gläubiger völlig im Unklaren darüber, ob der Schuldner noch kreditwürdig ist, sie wissen nicht, ob der Schuldner nicht seine Sachen schon einmal, ja öfter verpfändet hat und dadurch ihre Befriedigung vereitelt wird. Und wie es bald nach der Rezeption des römischen Rechts zur Bestellung eines Pfandrechts an einem Grundstücke erforderlich war, dass man eine derartige Verpfändung in öffentliche Bücher eintragen lassen musste, so muss auch bei der Verpfändung von Mobilien den grossen deutsch-

[1] a. a. O. S. 192.
[2] a. a. O. S. 16.

rechtlichen Gedanken zum Siege verholfen werden, den Gedanken der Spezialität und Publizität.

Wir kommen hiernach zu dem Schlusse, dass die Begründung einer Mobiliarhypothek nach gemeinem Recht absolut verboten ist.

§ 6.

Anwendung des Verbots der lex commissoria und des Verbotes der Mobiliarhypothek auf die Sicherungsübereignung.

I.

Wir sind davon ausgegangen, dass das Gesetz nach seinem wirtschaftlichen Zweck auszulegen ist. Jus est ars boni et aequi. Verbotsgesetze, welche gewisse Rechtsgeschäfte verbieten wollen, verfolgen nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck.[1] Unmöglich ist es, vom Gesetzgeber zu verlangen, dass er an alle Formen denken soll, mit Hilfe deren die Parteien einen Erfolg herbeiführen können, den das Gesetz gerade ausschliessen will. Wenn er den Hauptweg zu einem wirtschaftlichen Erfolge versperrt, so will er damit nicht ausdrücken, dass nur dieser eine Weg verschlossen sein soll, er will auch alle Seitenwege unzugänglich machen, die zu demselben Ziele führen könnten.

Es lassen sich häufig Rechtsformen erdenken, welche das Gesetz in seinem Verbote nicht erwähnt, die aber im Wesentlichen zu demselben Resultat führen, welches das Gesetz durch sein Verbot hat treffen wollen.[2] Treffend drückt dies Kohler aus.[3] „Von jeher ist es die Losung derjenigen, welche einen Verbotssatz auf verdeckten Wegen zu umgehen und zu überflügeln suchten, gewesen, das verbotene Geschäft in eine Reihe von unverbotenen Geschäften zu zerlegen und durch Kombination solcher den verpönten Effekt zu erlangen. Während sich das Verbot gegen ein bestimmtes Geschäft als den Typus eines von dem Rechte verpönten wirtschaftlichen Erfolges richtet, sucht man durch eine geschickte Verbindung anderer an sich vollkommener gesetzmässiger Geschäfte den gleichen Erfolg zu erreichen. Während der gerade Weg gesetzlich abgesperrt ist, trachtet man durch Kombination von Seitenwegen zu dem Resultat

---

[1] vgl. Kohler, a. a. O. S. 141.
[2] Hellwig, a. a. O. S. 370, 371.
[3] Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 163.

zu gelangen, welches das Gesetz vermeiden will, indem es den ordentlichen Weg dazu verlegt: man sucht durch gebrochene Linie das zu erzielen, was der geraden Linie gesetzlich versagt ist.“ Kohler müssen wir auch das Verdienst zuschreiben, als erster auf den wirtschaftlichen Zweck der Gesetze aufmerksam gemacht zu haben.[1]

Man stellt an den Gesetzgeber die ganz undenkbare Forderung, wenn man verlangt, dass er alle nur möglichen Fälle voraussehen soll. Ein vernünftiger Richter wird die Gesetze nicht nach dem Buchstaben, sondern dem Sinne nach auslegen. Soire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem. Wir setzen von einem Richter voraus, dass er sich mit dem Geiste der Gesetze vertraut gemacht hat. Nur dann wird er sinngemässe Entscheidungen fällen können. Von diesem Gesichtspunkte aus kommen wir zu dem Schlusse, dass alle Handlungen, welche gegen den Sinn und Geist eines Gesetzes vorgenommen werden, einem offenen Zuwiderhandeln gleich zu achten sind.[2] Die Folgen, welche ein Verbotsgesetz im Falle einer Uebertretung ausspricht, treffen nicht nur die Rechtsgeschäfte, welche die in dem Gesetze bezeichnete Handlung enthalten, sondern auch die, welche so eingerichtet sind, dass sie zwar dem Wortlaut der Gesetze nicht widersprechen, dem Inhalte nach jedoch gerade den Thatbestand darstellen, welchen das Gesetz verhüten wollte. Man spricht in solchen Fällen von einem in fraudem legis agere.

II.

Schon die Römer kannten den Begriff des in fraudem legis agere. Es heisst in den Quellen l. 29 und l. 30 D. de leg. I, 3: contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit —. Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat *ῥητὸν ἀπὸ διανοίας* hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit. Vor allem aber tritt uns der Begriff der fraus legi facta in einer Codexstelle entgegen, welche folgendermassen lautet:[3] Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus

[1] Leider hat Kohler seine ursprüngliche Meinung, dass Sicherungsübereignungen mit constitutum possessorium ungiltig sind, aufgegeben und ist in das feindliche Lager übergegangen. Vgl. Kohler's Nachwort zu Linckelmann's Aufsatz a. a. O. S. 234.

[2] Hellwig a. a. O. S. 370.

[3] l. 5 Cod. de leg. I, 14.

contra legis nititur voluntatem, nec poenas insertas legibus evitabit qui se contra juris sententiam scaeva prorogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullam contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationis, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inuntilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed etsi quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum adque inutile isse praecipimus.

Diese Grundsätze finden wir wiederum insbesondere bei zwei berühmten Gesetzen in den Quellen angewendet, dem senatus consultum Macedonianum und dem senatus consultum Vellejanum. Das S. C. Macedonianum verordnete, dass Hauskindern ein Darlehen nicht gegeben werden solle. Wenn es sich nun traf, dass ein Haussohn dennoch ein Darlehn aufnehmen wollte, so verabredete er mit dem Gläubiger, er solle ihm eine Sache verkaufen, damit er den durch deren Weiterveräusserung erzielten Kaufpreis an Stelle des Darlehns habe; oder der Haussohn veranlasste den Gläubiger, das Darlehn einem andern zu geben, um es dann von diesem zu erhalten; für den dritten verbürgt er sich. In diesem Falle erklärten die Römer das Geschäft für nichtig, es sei in fraudem legis abgeschlossen. Und ebenso beim S. C. Vellejanum. Durch dieses waren Interzessionen der Frauen verboten. Unter Interzession versteht man die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit. Geriebene und schlaue Gläubiger machten es nun folgendermassen. Sie liessen sich mit dem, dem sie Geld darleihen wollten, dessen Kreditfähigkeit sie aber kein Vertrauen entgegenbrachten, garnicht ein; sie gaben von vornherein das Darlehn der Frau, die dieses dann dem Dritten geben mochte. Somit hatten die Gläubiger allerdings erreicht, dass die Frau nicht „intercedierte". Auch dieses Geschäft wurde als Umgehung des S. C. Vellejanum für nichtig erklärt.[1]

---

[1] vgl. I. 29 § 10 n. t. 16, 1. Paulus respondit ea, quae in fraudem senatus consulti quod de intercessione feminarum factum est excogetata probari possunt, rata haberi non oportere.

Jene Beispiele zeigen auch, dass die römischen Juristen an ein Verbotsgesetz nicht das Verlangen stellten, es müsse durch seine Worte ersichtlich sein, ob es auch auf andere Rechtsgeschäfte angewendet werden solle, als auf das ausdrücklich genannte.[1]

III.

Viele Schriftsteller vertreten den Standpunkt, dass man den Begriff des in fraudem legis agere nur auf Verbotsgesetze anwenden könne. Sie werden insbesondere durch die Ausdrücke „prohibet" und „vetuit" in den Quellenstellen l. 29 und l. 30 D. de leg. 1,3 und l. 5 Cod. de leg. 1,14 zu dieser Meinung bestimmt. Auch die Motive zum Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche beschränken im § 80 das in fraudem legis agere auf verbietende Gesetze, ohne jedoch eine nähere Begründung hierfür zu geben.

Wir können uns dieser Auffassung nicht anschliessen, sondern sind mit Pfaff[2] der Ansicht, dass sowohl Gebots- wie Verbotsgesetze „Tummelplatz für das Handeln in fraudem legis" sein können.

Notwendige Voraussetzung für ein Handeln in fraudem legis ist dagegen ein zwingender Rechtssatz. Permittierende Gesetze können nicht umgangen werden. Dieser Satz widerspricht allerdings der sogenannten „Normentheorie"; nach ihr kann ja jedes permittere ein Gebot und ein Verbot enthalten.[3] Die Unrichtigkeit dieser Theorie hat aber Kohler nachgewiesen.[4] Es kann natürlich nicht geleugnet werden, dass sich auch der Inhalt „gewährender" Normen schliesslich als Gebot oder Verbot ausdrücken lässt; sie sind aber trotzdem grundverschieden von den Gebots- und Verbotsgesetzen. Denn sie sprechen prinzipiell nur eine Erlaubnis aus, verfolgen also lediglich den Zweck, die verstattete Handlung zu ermöglichen, und enthalten höchstens subsidiär als Kehrseite ein Verbot oder Gebot für Dritte.[5] Darum kann auch bei Permissivgesetzen von einem in fraudem legis agere schlechterdings nicht die Rede sein.

---

[1] vgl. Bütow S. 24.
[2] Pfaff, zur Lehre von dem sog. in fraudem legis agere, 1892, S. 80.
[3] vgl. Pfaff a. a. O. S. 81.
[4] vgl. Kohler, in Jahrbüchern für Dogmatik (Autorrecht), Bd. 18, S. 131f.
[5] vgl. Dernburg, Pand. I, § 19, Anm. 6.

Von Pfaff[1] und Barthelmes[2] wird noch ein weiteres Erfordernis für das in fraudem legis agere aufgestellt: die rechtswidrige Absicht.

Wir können diesen Standpunkt nicht bewilligen. Zunächst wird von Pfaff auf die Formulierung der l. 29 D. de leg. I, 3 hingewiesen, indem er auf die Wahl des Aktivums „circumvenit" Gewicht legt. Auch der Ausdruck „in fraudem legis" scheint ihm für die Notwendigkeit einer rechtswidrigen Absicht zu sprechen. In materieller Beziehung beruft er sich auf verschiedene Quellenstellen, insbesondere die l. 50 D. de bonis libertorum 38,2. Der Inhalt dieser Stelle ist folgender:

Ein Freigelassener hat den Sklaven seines Patrons zum Erben eingesetzt. Der Patron lässt den Sklaven, ehe er angetreten hat, frei oder veräussert ihn mit Rücksicht auf die Erbschaft zu einem höheren Preise. Er begehrt dann das Pflichtteilsrecht durch Geltendmachung der bonorum possessio contra tabulas.

Es wird entschieden, diese sei ihm zu verweigern, si fraudem edicto facere voluit. Im entgegengesetzten Falle jedoch würde anders zu entscheiden sein, wenn nämlich der Patron die Freilassung oder den Verkauf in Unkenntnis des Testamentes vorgenommen hätte.[3]

Diese Stelle ist aber u. E. kein Beweis für die Behauptung Pfaffs. In dem angeführten Falle kann ohne das subjektive Erfordernis der rechtswidrigen Absicht der Zweck des Ediktes überhaupt nicht vereitelt werden. Wenn der Patron das Testament nicht kennt, so erhält er nur seinen Pflichtteil, da er keine Veranlassung hat, den Sklaven mit Rücksicht auf die ihm unbekannte Erbeinsetzung zu einem höheren Preise zu verkaufen. Es ist hier also der Fall einer objektiven Gesetzesumgehung von vornherein ausgeschlossen. Wenn wir den Zweck, den das Gesetz mit der Nichtigkeitserklärung der Umgehungsversuche verfolgt, prüfen, so kommen wir hiernach zu dem Resultate, dass es auf die Absicht des in fraudem legis Handelnden nicht ankommt. Mit Recht macht auch Bütow speziell für die von uns behandelte Frage auf folgende Erwägungen auf-

---

[1] a. a. O. S. 83—86.

[2] a. a. O. S. 8—10.

[3] si tamen clusis adhuc tabulis testamenti liberti, cum ignoraret judicium eius patronues, eorum quid quae supra scripta sunt, cira institutum subiectum juri suo fecit, amota fraudis suspicione suo jure in bonorum possessione contra tabulas utetur.

merksam:[1] „Es handelt sich bei unseren Verbotsgesetzen nicht um Strafandrohungen gegen den Gläubiger, sondern um Schutzgesetze und zwar zu Gunsten des Schuldners bei dem Verbot der lex commissoria, zu Gunsten dritter Personen bei dem Verbot der Mobiliarhypothek."

U. E. wird schliesslich auch demjenigen, der das Gesetz umgeht, der dolus schwer nachzuweisen sein. Denn, wenn die Parteien einen Rechtssatz kennen würden, der die Unzulässigkeit der Gesetzesumgehung ausspricht, so würden sie ein Umgehungsgeschäft gar nicht unternehmen; sie wissen ja, dass es nutzlos ist. Mit dem Erfordernis des dolus würde das Verbot der Gesetzesumgehung im praktischen Verkehr illusorisch gemacht werden.

Dass die sprachlichen Argumente, welche Pfaff ins Treffen führt, nicht ausreichen, um das Erfordernis der rechtswidrigen Absicht bei dem Handeln in fraudem legis zu beweisen, bedarf keiner weiteren Erörterung.

IV.

In der gemeinrechtlichen Litteratur sind die in fraudem legis geschlossenen Geschäfte lange Zeit nur wenig behandelt worden; so dass der Begriff derselben so gut wie verloren gegangen ist.[2] So mag es denn auch zu erklären sein, dass das Reichsgericht gerade in den Entscheidungen, welche die Sicherungsübereignung zum Gegenstand haben, niemals mit dem in fraudem legis agere operiert. Während es sich in der bereits früher zitierten Entscheidung auf den unrichtigen Standpunkt stellt, dass die Sicherungsübereignung wegen Simulation als nichtig anzusehen sei, hat es in anderen Entscheidungen zwar diese Ansicht nicht vertreten, ist aber wiederum in andere Fehler verfallen.

Im zweiten Band[3] der Entscheidungen handelt es sich um folgenden Fall. Die Beklagten hatten dem Kläger bestimmt verzeichnete Mobilien verkauft unter Anrechnung des Kaufpreises auf eine Forderung des Klägers gegen Beklagte. Die Besitzübergabe wurde durch constitutum possessorium herbeigeführt. Die Parteien haben schliesslich verabredet, dass Beklagtem das Recht zustehen soll, binnen drei Monaten die Mobilien vom Kläger zurückkaufen zu

[1] a. a. O. S. 31.

[2] vgl. Bähr, a. a. O. S. 56, Barthelmes: Das Handeln in fraudem legis. Gött. Inaug.-Dissert. 1889, S. 38. Pfaff, zur Lehre von dem sog. in fraudem legis agere.

[3] Reichsgericht 2. Bd., S. 168, N. 44.

können. Nachdem die Frist abgelaufen ist, klagt Kläger auf Herausgabe der Mobilien. In der Verhandlung erheben nun die Beklagten den Einwand, dass der Wille der Parteien nicht auf ein Kaufgeschäft, sondern auf eine gesetzlich verbotene Verpfändung gerichtet gewesen sei. Das Reichsgericht hat diese Einrede aus folgenden Gründen zurückgewiesen: An sich sei die Einrede der Beklagten von Erheblichkeit. Aus dem Zugeständnisse, dass der Kauf nur zur Sicherung des Klägers vorgenommen sei, folge nicht, dass das Geschäft simuliert sei. Es sei rechtlich zulässig, einem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung in ernsthafter Absicht eine Mobilie zu verkaufen. Im vorliegenden Falle müsse man auch diese ernstliche Absicht der Kontrahenten annehmen; sie konnte nur auf diesem Wege den Zweck der Sicherstellung erreichen, da eine solche Verpfändung verboten ist.[1]

Ein zweites Urteil besagt folgendes:[2] H. hatte durch zwei Kaufverträge Mobilien erworben. Im ersten war bestimmt, dass dem Käufer seitens des Verkäufers Besitz und Eigentum eingeräumt und übertragen wird; im zweiten war hinzugefügt worden, dass H. dem Verkäufer gestattet, die Mobilien auf unbestimmte Zeit zu gebrauchen, sich aber die Befugnis vorbehält, dieselben jederzeit an sich zu nehmen. Als ein anderer Gläubiger pfänden will, interveniert H., doch wird er vom Reichsgericht mit seiner Klage abgewiesen. Es sei wegen der letzten Vertragsbestimmung nicht ersichtlich, dass die Kontrahenten den Besitz auf den Käufer haben übertragen wollen. Es läge in dieser Vertragsbestimmung auch kein constitutum possessorium. Man könnte vielleicht zugeben, dass der Pfandgläubiger Besitz erwerbe, wenn er dem Verpfänder die verpfändete Sache precario belasse, doch sei das precarium ein unseren heutigen Lebensverhältnissen fremdartiges und fernliegendes Institut. Auf diesem Wege könne man Vertragsklauseln obiger Art nicht die Bedeutung eines constitutum possessorium zumessen. Körperlich seien die Gegenstände dem Kläger nicht tradiert worden.

Schliesslich wollen wir noch ein Urteil erwähnen, welches dem vorigen in seiner Begründung sehr ähnlich ist.[3] Pf.

[1] Ebenso wird auch die Sicherungsübereignung für gültig erklärt in den Entsch. d. R.-G. Bd. II S. 168, 173, Bd. 13, S. 200, Bd. 24, S. 84 und 161. Gruchot Bd. 27, S. 1088, Bd. 30, S. 1034, Bd. 37, S. 911, Bolze Bd 22, S. 16 No. 35, Jurist. Wochenschr. 1895 S. 301 No. 53, 1896 S. 82, No. 71, S. 314 No. 57.

[2] Urteil v. 30. 3. 1881 i. S. Helfmann w. Moses.

[3] Urteil vom 8. Nov. 1881, Bd. V No. 49.

hatte mit Sch. einen Kaufvertrag über seine Mobilien geschlossen. Der Käufer belässt diese in Verwahrung des Verkäufers mit der Bestimmung, „dass bei Absatz von Waren der Bestand wie bei der Uebergabe herzustellen ist, und steht dem Käufer aber auch die Veräusserung oder Abtragung der Kaufobjekte jederzeit frei. Die Verkäufer üben den Besitz der Kaufobjekte nur namens des Käufers aus, und gestattet ihnen dieser jedoch das Rückkaufsrecht jederzeit gegen Erstattung des Kaufschillings, Zinsen und allenfalsiger Kosten". Als ein anderer Gläubiger bei Sch. pfänden will, erhebt Pf. Widerspruchsklage. Er wurde abgewiesen mit folgender Begründung: „Es werde die Ernstlichkeit des Vertragsmittels, welche nur hätte konstatiert werden können durch Darlegung des Rechtsverhältnisses auf Grund und innerhalb dessen der bisherige Besitzer für den Erwerber detiniere, vermisst."

Das Reichsgericht würde allen Schwierigkeiten entgangen sein,[1] die es bei seinen Entscheidungen in den oben genannten Fällen zu überwinden hatte, wenn es sich klar über den Begriff des in fraudem legis agere geworden wäre. In dem ersten Urteil ist es überhaupt über die Erwägung nicht hinausgekommen, ob das Geschäft simuliert ist oder nicht, und hat die Sicherungsübereignung für giltig erklärt, da bisher keine Umstände vorlägen, welche darauf schliessen liessen, dass der Kaufvertrag nicht ernstlich gemeint sei, ohne weiter darauf einzugehen, ob nicht der Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung andere Bedenken entgegenstehen. In den beiden andern Erkenntnissen hat das Reichsgericht zwar die Empfindung gehabt, dass Sicherungsübereignungen mittelst constitutum possessorium keinen rechtlichen Schutz verdienen, da durch sie der Kredit in erheblichem Masse gefährdet wird, ist aber in seinem Suchen nach juristischen Gründen für die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung in den zur Entscheidung stehenden Fällen zu ziemlich zweifelhaften Resultaten gelangt. Wenn in dem ersteren von beiden Urteilen behauptet wird, dass ein wirksames constitutum possessorium nicht vorliege, so muss man sagen, dass gerade dort die Thatsachen so klar sind, dass kaum an einem constitutum possessorium gezweifelt werden kann. Jedenfalls lässt sich sehr darüber streiten, ob man die Frage einfach deshalb verneinen kann, weil das precarium unseren Lebensverhältnissen fremd ist. Was das zweite Urteil an-

[1] vgl. Bähr, a. a. O. S. 46.

betrifft, so ist hier u. E. unnützerweise eine Controverse in Erörterung gezogen, ob nämlich zur wirksamen Bestellung eines constitutum possessorium eine causa detentionis erforderlich ist. Alle diese Fragen werden gegenstandslos, wenn man die Sicherungsübereignung wegen Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek für nichtig erklärt.

Diese Ansicht hatten auch, seitdem Kohler in eindringlicher Weise den Begriff der Gesetzesumgehung beleuchtet und Bähr die zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts seiner Kritik unterzogen hat, immer mehr Anhänger gefunden. Allerdings hat sich die Praxis auch bis heute nicht mit unserer Ansicht befreundet, sie hat vielmehr die Sicherungsübereignung konstant für rechtsgültig erklärt. Wenn zuweilen die gegen die Anwendung des in fraudem legis agere auf die Sicherungsübereignung der Einwand erhoben wird, es kämen noch viele andere Geschäftsformen im Rechtsverkehr vor, durch welche der Kredit empfindlich gefährdet werde, ohne dass deshalb eine Möglichkeit gegeben ist, diese Geschäfte als nichtig anzusehen, so scheint uns dieses Argument nicht beachtlich. Es soll nicht bestritten werden, dass das Recht nicht in der Lage ist, jeder Kreditgefährdung entgegenzutreten; wo aber wie bei der Sicherungsübereignung sich eine Möglichkeit bietet, einen Auswuchs des Verkehrslebens zu unterbinden, da wird man nicht zögern, dieses Mittel zu ergreifen.[1]

IV.

Hiernach kommen wir zu dem Schluss, dass diejenigen Arten der Sicherungsübereignung, welche dem Geiste der beiden pfandrechtlichen Verbotsgesetze widerstreben, indem sie den durch das Gesetz verpönten Erfolg auf einem anderen Wege zu erreichen suchen, als nichtig zu betrachten sind.[2]

---

[1] vgl. Engel, Sicherungscession und Sicherungsübereignung nach gemeinem und bürgerlichen Recht 1902, S. 21 f.

[2] Wie wir schon früher ausführten, nimmt Leist die Aehnlichkeit zwischen dem Pfandrecht und lex commissoria und der Sicherungsübereignung zum Ausgangspunkt seiner Betrachtungen und hält die Sicherungsübereignung wegen des Verstosses gegen das Verbot der lex commissoria für nichtig, indem er andererseits der Lehre entgegentritt, welche von einer Umgehung der pfandrechtlichen Verbotsgesetze spricht. Im Grunde genommen unterscheidet sich seine Theorie in letzter Linie kaum von der unsrigen, wie er denn auch vom Reichsgericht (Bd. 26, Nr. 32, S. 180) zu den Anhängern unserer Lehre gerechnet wird.

Im Einzelnen ergiebt sich folgendes: Unzweifelhaft sind diejenigen Sicherungsübereignungen gültig, bei denen eine reelle Tradition stattgefunden hat. Jedenfalls kann in diesen Fällen nicht von einem Verstoss gegen das Verbot der Mobiliarhypothek, sondern höchstens von einem Verstoss gegen die lex commissoria die Rede sein.

a) Die suspensiv bedingte Sicherungsübereignung. Wir haben gesehen, dass die suspensiv bedingte Sicherungsübereignung dem Pfandrecht mit lex commissoria am nächsten steht, insofern hier vor Eintritt der Bedingung für den Gläubiger ein Anrecht auf die Sache begründet wird, welches der dinglichen Gebundenheit beim Pfandrecht gleichkommt. Bei dem Pfandrecht mit lex commissoria lässt sich nun der Pfandvertrag von der hinzugefügten kommissorischen Klausel trennen und wir haben festgestellt, dass das Pfandrecht an sich gültig ist und nur die kommissorische Klausel für die Rechtsgültigkeit in Wegfall kommt, da sich der Gläubiger lediglich durch den Pfandverkauf aus der Sache befriedigen will. Die suspensiv bedingte Sicherungsübereignung kann man allerdings nicht in zwei Bestandteile auseinanderreissen, da die Bedingung nicht der Inhalt eines Nebenvertrages ist, sondern unmittelbar dem auf Eigentumsübertragung abzielenden Vertrage innewohnt. Es wird aber nicht angängig sein, aus diesem Grunde die Sicherungsübereignung im Ganzen für nichtig zu erklären, weil die Parteien doch immerhin einen Pfandzweck verfolgen und keine Veranlassung vorliegt, diesem Zwecke entgegen zu treten, soweit er nicht etwa durch Umgehung des Verbotes der Mobiliarhypothek erreicht werden soll. Man wird deshalb aus dem Gesichtspunkte der Konversion eine Umwandelung des Vertrages vornehmen müssen, ein Gedanke, den bereits Leist und Bütow angeregt haben. Dabei kann man so verfahren, dass man dem Gläubiger am Fälligkeitstermin lediglich ein Verkaufsrecht gewährt. Es würde damit der Thatbestand des reinen Pfandrechts hergestellt sein. Eine zweite Möglichkeit der Konversion besteht darin, dass man, wie Bütow, zwar das Eigentum auf den Gläubiger übergehen lässt, bei Tilgung der versicherten Forderung aber einen Rückfall des Eigentums oder ein Wiedereinlösungsrecht des Schuldners konstruiert.

b) Die resolutiv bedingte Sicherungsübereignung. Was die resolutiv bedingte Sicherungsübereignung anbelangt, so soll hier kein endgültiger Eigentumsübergang stattfinden, wie ihn das Verbot der lex commissoria voraussetzt. Das

Eigentum soll ja am Fälligkeitstermin gerade an den Schuldner zurückfallen, wenn er die Schuld tilgt; allerdings kann der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung eine Frist hinzugefügt sein, nach deren Ablauf die Rückfallsmöglichkeit erlischt, und das Eigentum an der Sache definitiv auf den Gläubiger übergeht. In diesem Falle ist zu sagen, dass die Sicherungsübereignung gegen das Verbot der lex commissoria verstösst. Da hier aber die Nebenabrede, durch welche nach Ablauf einer bestimmten Frist der Eigentumsrückfall ausgeschlossen wird, einen selbstständigen Bestandteil der Sicherungsübereignung bildet, so ist es nicht notwendig, wie im Falle der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung zu dem Mittel der Konversion zu greifen; man braucht nur die Nebenabrede als ungültig zu streichen, ohne dass hierdurch die Eigentumsübertragung berührt wird. Das Eigentum fällt also an den Schuldner zurück, auch wenn er erst nach Ablauf der Frist seiner Zahlungspflicht genügt.[1]

c) Die fiduciarische Sicherungsübereignung. Bei ihr verhält es sich genau so wie mit der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung. Wenn von den Parteien vereinbart wird, dass der Schuldner nach Ablauf der Frist nicht mehr berechtigt sein soll, die Rückübertragungen der Sache zu verlangen, so ist dieser Teil der Sicherungsübereignung als nichtig anzusehen. Das Wiedereinlösungsrecht des Schuldners bleibt also bestehen.

In den anderen Fällen, wo keine reelle Tradition stattfindet, liegt stets ein Verstoss gegen das Verbot der Mobiliarhypothek vor; solche Sicherungsübereignungen sind also aus diesem Grunde nichtig, und es erübrigt sich die Frage, ob sie nicht im speziellen Falle vielleicht ausserdem gegen das Verbot der lex commissoria verstossen und somit die oben geschilderten Rechtsfolgen nach sich ziehen.

II. Die Sicherungscession.

§ 7.

Begriff und Arten der Sicherungscession.

Wenn der Gläubiger für eine Forderung gesichert werden soll, so kann dies einmal dadurch geschehen, dass der Schuldner ihm eine Sache verpfändet. Doch ist er an dieses Mittel allein nicht gebunden. Jedes Vermögens-

[1] Leist, a. a. O. S. 77 berührt die Frage der Konversion nur bei der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung, obwohl man u. E. gerade in diesem Falle der Konversion entraten kann.

objekt kann Gegenstand des Pfandrechts sein; nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen und insbesondere Forderungsrechte. Wie nun der Rechtsverkehr in der Sicherungsübereignung ein Ersatzgeschäft der Sachverpfändung ausgebildet hat, so tritt analog neben die Verpfändung einer Forderung das Institut der Sicherungscession. Auch sie bietet einen Weg, den ökonomischen Effekt der Pfandbestellung zu erzielen. An sich geht zwar die Sicherungscession ebenso wie die Sicherungsübereignung über den Zweck einer blossen Verpfändung weit hinaus, derselbe wird aber auch hier durch beschränkende Nebenabreden erreicht. Je nach dem Inhalt dieser Nebenabreden kann man entsprechend den Fällen der Sicherungsübereignung verschiedene Arten der Sicherungscession unterscheiden, die dinglichen und die fiduciarischen. Die dinglichen Sicherungscessionen, können suspensiv oder resolutiv bedingt sein. Im ersteren Falle tritt der Gläubiger bei Eintritt der Bedingung in dieselbe Stellung, in alle Rechte, wie sie der Cedent hatte, ein; andererseits fällt bei der resolutiv bedingten Sicherungscession beim Eintritt der Bedingung die zur Sicherung cedierte Forderung von selbst an den Cedenten zurück. Anders verhält es sich bei der fiduciarischen Sicherungscession. Bei ihr, und sie wird wie bei der Sicherungsübereignung die Hauptart bilden, entsteht nur ein obligatorischer Anspruch des Cedenten gegen den Cessionar, d. h. der Cessionar ist verpflichtet, im Zahlungsfalle des Schuldners die verpfändete Forderung an den Schuldner zurückzucedieren. Nach aussen ist der Cessionar zu allen Handlungen über die Forderung befugt, dritten gegenüber sind diese voll wirksam, im Innenverhältnis ist der Cessionar jedoch gezwungen, dem Cedenten Schadensersatz zu leisten.

§ 8.

Stellung des Forderungspfandrechts zur Sicherungscession.

I.

Die Forderungsverpfändung und die Sicherungscession verfolgen denselben wirtschaftlichen Zweck. Beide Institute verschaffen dem Gläubiger für eine Forderung eine besondere Sicherheit.[1] Doch wie bei der Sicherungsübereignung und dem Sachpfandrecht, so ergeben sich auch hier mannigfache juristische Unterschiede. In ihren Wirkungen können

[1] vgl. H. Müller, Forderungspfandrecht und Sicherungscession, Erlanger, Inang. Dissert. 1897 S. 10.

die Forderungsverpfändung und die Sicherungscession manchmal sehr nahe stehen, in der Hauptsache weicht die Forderungsverpfändung jedoch erheblich von der Sicherungscession ab. Nach herrschender Lehre ist das Forderungspfandrecht ein accessorisches Recht, d. h. es ist abhängig von einer Hauptschuld, und steht und fällt mit dieser. Der Verpfänder bleibt ferner wie beim Sachpfandrecht vollkommen Eigentümer der Forderung. Der Gläubiger hat nur ein Anrecht auf die Forderung erworben.[1] Der Verpfänder kann die Forderung noch an andere verpfänden, er kann mit ihr verfahren, wie er will, jedoch unbeschadet des Rechtes des Gläubigers.[2] Daher kann der Pfandgläubiger, wenn er seine Rechte als solcher ausübt, die verpfändete Forderung nur als eine fremde geltend machen. Anders verhält es sich bei der Sicherungscession, und dies ist der Hauptunterschied von der Verpfändung Hier wird der Pfandgläubiger nämlich eine selbständige Forderung übertragen, sie ist nicht Kraft Gesetzes von der versicherten Forderung abhängig, eine Abhängigkeit wird lediglich durch den Parteiwillen geschaffen. Bei der resolutiv bedingten Sicherungscession hat dies allerdings seine grosse Bedeutung, insofern auch hier mit der Tilgung der versicherten Forderung die sichernde Forderung an den Cedenten zurückfällt. Bei der fiduciarischen Sicherungscession, die wohl ausschliesslich im Rechtsverkehr vorkommt, tritt aber der Unterschied deutlicher hervor. Denn in diesem Falle bleibt der Cessionar auch nach Tilgung der versicherten Forderung Gläubiger, er ist nur zur Rückcession obligatorisch verpflichtet. Der Cessionar macht ferner im Gegensatz zum Forderungspfandgläubiger die sichernde Forderung nicht als fremde, sondern als eigene geltend, er ist alleiniger und eigentlicher Gläubiger, er nimmt dem Cedenten die rechtliche Stellung und tritt in dessen Eigenschaft ein. Auch hier müssen wir die Ansicht Dernburg's[3] zurückweisen, der betont, dass der Cessionar nur im Aussenverhältnis Gläubiger, im Innenverhältnis jedoch nur Bevollmächtigter des Cedenten sei. In diesem Falle würde der Cessionar die Forderung nicht als eine eigene, sondern als eine fremde geltend machen. Wir haben aber nachgewiesen, und damit wird die Behauptung Dernburg's

---

[1] Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte 1867, S. 59, S. 210.

[2] Es sei uns gestattet, das Wort „Eigentum" zu gebrauchen, wenngleich man bei einer Forderung schwerlich von einem solchen sprechen kann.

[3] vgl. Pandekten I, § 100, Nr. 3.

hinfällig, dass der Cessionar sowohl nach aussen, wie nach innen Gläubiger geworden ist, abgesehen von den hinzugefügten, ihn beschränkenden Nebenabreden. Trifft der Fiduciar eine vertragswidrige Verfügung über die Forderung, so sind seine Handlungen Dritten gegenüber vollgiltig, er ist nur verpflichtet, dem geschädigten Cedenten Ersatz zu leisten.

II.

Unseres Erachtens besteht auch hier die Aehnlichkeit zwischen den beiden Instituten in der Gleichheit ihres Zwecks. Sowohl bei der Forderungsverpfändung wie bei der Sicherungscession will der Schuldner nicht endgiltig seine Stellung als Gläubiger der cedierten oder verpfändeten Forderung aufgeben.

III.

Wie bei der Sicherungsübereignung hat man auch bei der Sicherungscession versucht, diese für nichtig zu erklären von dem Gesichtspunkte der Simulation aus. Dem ist nicht zu folgen. Die Sicherungscessionen sind wie die Sicherungsübereignungen vollkommen ernst gemeinte Geschäfte. Niemand soll getäuscht werden. Nicht zur Tilgung, nicht zur Befriedigung verabreden die Parteien eine Sicherungscession, sie haben lediglich den Sicherungszweck des Gläubigers im Auge. Die Vereinbarungen zwischen Cedenten und Cessionar über die Ausübung des übertragenen Gläubigerrechts berühren das Schuldverhältnis selbst in keiner Weise.[1] Derselben Ansicht sind auch die Entscheidungen des Reichsgerichts.[2] Wenn diese aussprechen, „dass der Pfandzweck der in der cessio in securitatem liege, nicht geeignet ist, der von den Parteien beabsichtigten Uebertragung des cedierten Rechts die Ernstlichkeit und damit die Rechtswirksamkeit zu benehmen“,[3] dann muss man ohne alles Bedenken zu der von uns verfochtenen Ansicht gelangen, dass die Sicherungscession trotz ihres Zwecks der Sicherstellung eine nach aussen wie nach innen voll wirksame Cession ist.[4]

---

[1] Reichsgericht, Bd. 24, S. 163.

[2] vgl. Bd. II, S. 170, No. 1; Bd. 24, S. 163 f.; Bd 30, S. 274 f, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 3, S. 435; Budde. Entscheidungen, Bd. 6, S. 144 f.; Bd. 8, S. 80 f.

[3] vgl. Bd. 30, S. 274 f.

[4] vgl. Regelsberger, Pand. S. 518.

§ 9.
Anwendung der pfandrechtlichen Normen auf die Sicherungscession.

I.

Wir haben die Aehnlichkeit der Forderungsverpfändung und der Sicherungscession an ihrem gleichem Zwecke nachgewiesen. Wir kommen daher auch bei der Behandlung dieser Institute zu der Untersuchung, in wie weit die pfandrechtlichen Verbotsgesetze, das Verbot der lex commissoria und der Mobiliarhypothek, auf die Sicherungscession Platz greifen. Wir haben beim Hauptfall der Sicherungsübereignung, der fiduciarischen, gesehen, dass das Verbot der lex commissoria gegenstandslos wurde, weil die Parteien verabredeten, dass der Gläubiger im Nichtzahlungsfalle des Schuldners sich aus der Sache befriedigen und den Ueberschuss herausgeben soll. Diese Bestimmungen werden durch die Konstantinische Verordnung nicht getroffen. Zu demselben Resultat gelangen wir auch bei der Sicherungscession. Bei ihr verabreden die Parteien, dass die Forderung, wenn der Schuldner nicht zahlt, nicht dem Gläubiger an Zahlungsstatt verfallen soll, sondern nur, dass der Gläubiger die Forderung in Höhe seiner gesicherten Forderung einziehen darf oder beim Verkaufe dieser den vielleicht erzielten Ueberschuss herauszahlen muss. Sollte aber im einzelnen Falle eine Verabredung derart getroffen werden, dass im Nichtzahlungsfalle der Gläubiger berechtigt sein soll, die sichernde Forderung einzuziehen, ohne den Mehrerlös herauszugeben, so würde doch nur diese Nebenabrede nichtig sein, während die den Pfandzweck erzielende Cession gültig bleibt. Es bleibt nunmehr die Erörterung übrig, ob das Verbot der Mobiliarhypothek bei der Cession wie bei der Sicherungsübereignung in seiner ganzen Gestalt Anwendung findet.

II.

Von einem Verbot der Mobiliarhypothek im eigentlichen Sinne kann man natürlich bei der Sicherungscession nicht reden, da diese nicht eine körperliche Sache, sondern eine Forderung zum Gegenstande hat. Ein eigentliches constitutum possessorium ist bei der Sicherungscession ebenfalls undenkbar, denn es wird die sichernde Forderung auf den Schuldner übertragen; es bleibt also nichts beim Schuldner zurück. Ein constitutum possessorium könnte man höchstens in der

Weise konstruieren, dass bei verbrieften Forderungen der Schuldner die Schuldurkunden nicht dem Gläubiger übergiebt, sondern deren Besitz behält. In diesem Sinne hat man auch beim Forderungspfandrecht einen Unterschied zwischen Hauptpfand und Hypothek gemacht, je nachdem die über die verpfändete Schuld ausgestellte Urkunde dem Gläubiger übergeben wird oder nicht.[1] Wir schliessen uns jedoch der Meinung Dernburg's[2] an, dass die Schuldurkunden in diesem Falle nicht konstitutiven Inhalts sind, sondern nur zum Beweise dienen. Nach aussen ist der Gläubiger durch den Besitz der Urkunden nur noch mehr als Gläubiger gekennzeichnet und beglaubigt. Nötig ist die Eingabe der Urkunden auch in diesem Falle nicht.

III.

Ein Analogon mit der Mobiliarhypothek, d. h. einer Pfandrechtsform ohne Uebergabe, wird aber dadurch geschaffen, dass neuere Gesetzgebungen für eine wirksame Forderungsverpfändung die Uebergabe der Beweisurkunden oder eine Benachrichtigung an den Drittschuldner verlangen.[3] Den Abschluss hat auch hier § 15, Einführungsgesetz Reichskonkursordnung, gebracht, welcher bestimmt, dass Hauptpfandrechte im Sinne der Reichskonkursordnung an Forderungen nur bestehen, wenn der Drittschuldner benachrichtigt ist, oder wenn der Pfandgläubiger den Gewahrsam der über die Forderung ausgestellten Urkunde erlangt hat. Damit hat die Konkursordnung auch bei Forderungen das Faustpfandprinzip durchgeführt.

Wie bei der Verpfändung von Mobilien soll auch die Verpfändung einer Forderung nicht durch blossen Vertrag erfolgen, es müssen vielmehr Momente hinzukommen, durch

---

[1] vgl. Hellwig, a. a. O. S. 88. Gegen die Unterscheidung Dernburg, Pfandrecht I, S. 462: „Besitz einer Forderung ist unzulässig".

[2] Dernburg, Pfandrecht I, S. 202, 462. I. 15 C. ad. leg. Falcid 6,50. I. 12 § 45. D. de instructo legato, 33,7; dagegen Bremer, a. a. O. S. 136, vgl. ferner Hellwig, a. a. O. S. 125.

[3] vgl. A. L. R. I, 20 § 281. Code civile, Art. 2076, Oesterreichisches Gesetzbuch, §§ 451, 452, Sächsisches B. G. B., § 502, Bremer Handfestenordnung, § 123, d. 2. Hessisches Pfandgesetz, § 92, 181, Pfandgesetz für Hannover, §§ 43, 50, Württemberg, Art. 246, 248 Während das allgemeine Landrecht die Verpfändung nicht verbriefter Forderungen durch Denunziation gestattet, kennen die übrigen Gesetzgebungen nur eine Verpfändung durch Uebergabe der Schuldurkunden, so dass nicht verbriefte Forderungen überhaupt nicht verpfändet werden können.

welche die Verpfändung nach aussen hin erkennbar gemacht wird. Die Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zur Konkursordnung führen aus:[1] „Ist auch an Forderungen ein Besitz nicht möglich, so tritt doch die dingliche Seite in der unmittelbaren und äusserlich erkennbaren Herrschaft des Pfandgläubigers über die Forderung unzweifelhaft hervor. Die thatsächliche Möglichkeit, dass der Gläubiger die Forderung ohne und gegen den Willen des Pfandschuldners auszuüben und zu verwerten, dass er die Einwirkung des Pfandschuldners auf sie auszuschliessen vermag, kann auf verschiedene Weise hergestellt und zur Erscheinung für jeden Dritten gebracht werden. Dass dies geschehe, daran hat der Entwurf festgehalten, — und darin wird er von den neueren Gesetzgebungen, welche alle das Pfandrecht an Forderungen unter den Gesichtspunkt eines Faustpfandes stellen, ausreichend unterstützt . . . . . Der Entwurf erfordert nur solche Massregeln, aus denen ein Dritter das Pfandrecht des Gläubigers und die Beschränkung des Verpfänders in der Disposition über die Forderung muss ersehen können."

Aus diesen Worten geht deutlich hervor, dass ebenso wie die Tradition bei der Sachverpfändung mit der Aufstellung bestimmter Formen auch bei der Forderungsverpfändung ein Schutz des Kredits bezweckt wurde. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Uebergabe der Schuldurkunden und die Denunziation nicht dieselbe Bedeutung haben können wie die Tradition bei der Verpfändung einer Sache. Der Gläubiger braucht überhaupt nicht zu wissen, dass eine Schuldurkunde über die verpfändete Forderung ausgestellt ist; andererseits dient die Denunziation im einzelnen Falle mehr dem betreffenden Pfandgläubiger als dritten Personen, welche über die Vermögenslage nicht getäuscht werden sollen. Immerhin ist die Denunziation als Publicitätsmoment insofern von Wichtigkeit, als eine Verpfändung ganzer Vermögenskomplexe verhütet und der Schuldner gezwungen wird, bei jeder einzelnen Forderung eine Benachrichtigung an den Drittschuldner ergehen zu lassen. Nach dem Motiv des Gesetzes sind wir also auch hier der Ansicht, dass § 15 Einführungsgesetz Reichskonkursordnung als ein Verbotsgesetz anzusehen ist und alle Rechtsgeschäfte, welche eine Forderungsverpfändung

[1] Anm. 4, vgl. a. a. O. S. 1453. Aktenstück zu N. 200.

nachahmen, ohne die für dieselbe vorgeschriebenen Formen zu wahren, als in fraudem legis geschlossen für nichtig zu erachten sind. Daraus folgt ohne Weiteres, dass ebenso wie die Sicherungsübereignung mittelst constitutum possessorium die Sicherungscession ohne Denunziation beziehungsweise Uebergabe der Schuldurkunden nichtig sind. Dieser Ansicht sind wohl auch alle diejenigen Autoren, welche in der Sicherungsübereignung eine Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek erblicken, wenn sie auch von der Sicherungscession gar nicht oder nur beiläufig sprechen.[1]

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 10.

Sicherungsübereignung.

I.

Unzweifelhaft können auch unter der Herrschaft des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches Sicherungsübereignungen vorkommen. Den technischen Begriff kennt das B. G. B. allerdings nicht. Ebenso wie nach gemeinem Recht wird auch hier die Frage brennend, ob die Sicherungsübereignungen rechtsgültig sind. Denn auch das B. G. B. kennt eine Uebereignung ohne reelle Tradition, d. h. durch constitutum possessorium,[2] so dass auch hier die Möglichkeit besteht, dem Gläubiger durch Uebereignung einer Sache unter Hinzufügung beschränkender Nebenabreden eine dingliche Sicherheit zu verschaffen. Uebrigens beseitigt das B. G. B. die im gemeinen Recht aufgeworfene Streitfrage, ob zu einem wirksamen constitutum possessorium eine causa detentionis erforderlich ist, indem es ausdrücklich bestimmt, dass zwischen dem Erwerber und dem bisherigen Besitzer ein Rechtsverhältnis vereinbart werden muss, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

---

[1] vgl. Barthelmes, a. a. O. S. 45, Hellwig im Arch. f. civ. Pr., Bd. 64, S. 390 ff. Dagegen wiederum die Praxis, vgl. Reichsgericht, Bd. 30, S. 275, Bd. 28, S. 280, Bolze, Bd. 17, No. 333, No. 334.

[2] § 930 B. G. B. lautet: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

II.

Der § 1205 lautet: „Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, dass dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.“ Ferner bestimmt § 1229:[1] „Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.“

Es wird nunmehr wie im gemeinem Rechte zu untersuchen sein, in wie weit diese pfandrechtlichen Normen auf die Sicherungsübereignung Anwendung finden. Dabei wird es auch hier vor allem auf den § 1205 ankommen, da gerade die Sicherungsübereignungen ohne wirkliche Uebergabe in der Praxis den Hauptfall bilden.

III.

Die Motive[2] nehmen zum § 1205 folgende Stellung ein: „Wenn das Pfand in der Inhabung des Verpfänders verbleibt, so tritt das dem Rechtsverhältnisse entsprechende Verhältnis äusserlich zu wenig deutlich hervor. Die mit der Zulassung des constitutum possessorium verknüpfte Uebersichtlichkeit des Rechtsverhältnisses ist gerade bei dem Pfandrechte mit besonderen Gefahren verbunden, indem das constitutum possessorium vielfach benutzt werden würde, um geheime, die Sicherheit des Verkehrs namentlich auf den Fall des Konkurses hin beeinträchtigende Pfandrechte zu beschaffen.“ Aus diesen Worten entnehmen wir, dass die Motive in dem § 1205 ein Verbotsgesetz erblicken. Er soll nicht nur die Voraussetzungen aufstellen, unter welchen ein Pfandrecht wirksam bestellt werden kann, er will durch seinen Wortlaut auch bekunden, dass alle Möglichkeiten der Verpfändung, bei welcher der Verpfänder im Besitze der zu verpfändenden Sache bleibt, ausgeschlossen sein sollen. Gerade im B. G. B. werden die deutschrechtlichen Gedanken der Spezialität und Publizität zum Abschluss gebracht. Lange Jahre und harte Kämpfe hat es gekostet, bis sie sich zum Siege durchgerungen. Wie bei Immobilien die Verpfändung oder Belastung jeder Art in öffentliche

---

[1] vgl. ferner § 1149.
[2] vgl. Bd. III, S. 901.

Bücher eingetragen werden muss, um den Kredit zu erstarken, so soll man auch bei der Verpfändung von Mobilien die Gewissheit haben, ob der Schuldner noch berechtigt ist, über die Mobilien zu verfügen. Ist aber der § 1205 ein Verbotsgesetz, so sind auch Sicherungsübereignungen mit constitutum possessorium als nichtig anzusehen. Allerdings vertreten die Motive an einer anderen Stelle den Standpunkt, dass der Giltigkeit von Sicherungsübereignungen ohne reelle Tradition nichts im Wege steht. Es heisst im dritten Bande auf S. 337: „Der Entwurf geht davon aus, dass bedingten Eigentumstraditionen, von Cessionen gilt dasselbe, nicht etwa durch eine positive Bestimmung um deswillen entgegenzutreten sei, weil die Hinzufügung der Bedingung Sicherungszwecken dienen solle, das bedingte Geschäft mithin als Ersatz einer Verpfändung, deren strengere Erfordernisse erspart werden, gebraucht werden kann. Der Wille der Kontrahenten kann dahin gehen, dass derjenige, welchem Sicherheit verschafft werden soll, für den Fall, dass seine Befriedigung ausbleibt, Eigentümer werden oder bleiben, dabei aber vielleicht in Ansehung der Verwertung der Sache und der Erstattung eines Ueberschusses in ähnlicher Weise, wie ein Pfandgläubiger obligatorisch gebunden sein soll. Nur wird in dem einzelnen Falle zu untersuchen bleiben, ob dem Sicherheitsempfänger wirklich bedingtes Eigentum zugewendet werden sollte, oder ob nur eine pfandrechtliche Sicherheit bezweckt wurde und deshalb ein simuliertes Rechtsgeschäft vorliegt."

Auch Endemann[1] ist der Ansicht, dass Sicherungsübereignungen nach dem B. G. B. giltig sind. Er behauptet, dass § 1205 nicht verbietenden Inhalts ist, er behauptet ferner, dass die mit einer Pfandbestellung verfolgten Sicherungszwecke auch in einer anderen als in der vom B. G. B. verordneten Form erreicht werden dürften.[2] Als besonderes Argument für seinen Standpunkt führt er an, dass im Entwurf 1. Lesung § 1147 III, Satz 2 und 2. Lesung § 1115 Satz 2 jede Pfandbestellung ausgeschlossen sein sollte, wenn der Verpfänder das Pfand in seinem Besitze

[1] vgl. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, II. Bd., S. 544. Auch Planck, Comm. 3. Bd. zu § 930 Erläuterung 4, steht auf dem Standpunkt, dass Sicherungsübereignungen nach B. G. B. zulässig sind. Dagegen Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B. G. B. S. 401, welcher wie wir Ungiltigkeit wegen Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek annimmt. Auch Dernburg, das bürgerliche Recht, Bd. III, hält Sicherungsübereignungen für zulässig im B. G. B.

[2] a. a. O. S. 543.

behielt, dass dies aber später gestrichen worden sei. Folglich seien auch alle Bedenken für die Sicherungsübereignungen gehoben. Wenn die Motive die Sicherungsübereignung, falls keine Simulation vorliegt, als giltig behandelt wissen wollen, so begegnen wir zunächst wieder demselben Irrtum, als er sich in die gemeinrechtliche Praxis eingeschlichen hatte, dass Sicherungsübereignungen simulierte Geschäfte sein können. Wir haben an früherer Stelle nachgewiesen, dass hiervon, wenn es sich überhaupt um Sicherungsübereignungen handelt, keine Rede sein kann, dass diese Geschäfte vielmehr ernstlich gemeint sind. Hiervon abgesehen widersprechen aber auch die Ausführungen der Motive offenbar dem Sinne des § 1205. In treffender Weise führt dies Bähr in seiner Kritik der Leist'schen Schrift an einem Beispiel vor Augen:[1] „Gesetzt, jemand, der einen Garten sich anlegen will, errichtet an dem Grundstücke eine wohl verschlossene Thür, lässt aber daneben den Zaun sperrweit offen, so dass jeder neben der Thüre weg in das Grundstück eindringen kann: was würde man wohl von einem solchen Manne sagen? Der Weisheit dieses Mannes gleicht aber ganz die des Gesetzgebers, welcher zwar die Verpfändung ohne Besitzübertragung verbietet, daneben aber die Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung auch mit Belassung des Besitzes bei dem Schuldner für zulässig erklärt."

Was das von Endemann vorgebrachte Argument anbelangt, wonach die Sicherungsübereignungen deshalb giltig sein sollen, weil das Gesetz im Gegensatze zu den beiden ersten Entwürfen nicht jede Pfandbestellung, sondern nur die Bestellung eines Pfandrechts für unzulässig erklärt, so ist es so formalistisch, dass man daraus unmöglich einen Schluss von prinzipieller Bedeutung ableiten kann. Wir haben das Gesetz so auszulegen, wie es vor uns liegt und im Zusammenhange seiner Bestimmungen zu verstehen ist. Und da müssen wir uns vollkommen der Ansicht Bähr's anschliessen, dass, wenn die Parteien nicht ein Pfandgeschäft sondern eine Sicherungsübereignung verabreden, um durch das nach B. G. B. zulässige constitutum possessorium den Unannehmlichkeiten der Uebergabe zu entgehen, sie zwar nicht direkt gegen den § 1205, aber gegen den Geist dieser Bestimmung verstossen. Wir müssen auch hier von einem in fraudem legis agere sprechen.

[1] vgl. Bähr, Kritik der Leist'schen Schrift in der Krit. Viert. Jhrs. Schr. für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft Bd. 32, S. 370/371.

IV.

Kürzer können wir uns bei § 1229 B. G. B. fassen, welcher nach den obigen Ausführungen überhaupt dann erst in Betracht kommen wird, wenn nicht schon das Verbot der Mobiliarhypothek der Sicherungsübereignung entgegensteht. Wie im gemeinen Rechte, so wird auch nach B. G.-B. an dem Verbotscharakter dieser Vorschrift kein Zweifel obwalten, so dass also auch nach neuem Rechte in allen den Fällen der Sicherungsübereignung, in denen ein Pfandvertrag mit lex commissoria nachgeahmt wird, die hinzugefügte Klausel als nichtig zu behandeln ist unter entsprechender Berücksichtigung der Konversion.

V.

Leist[1] hat gerade in Bezug auf das B. G. B. geleugnet, dass bei der Sicherungsübereignung von einem in fraudem legis agere gesprochen werden kann. Er betont: „Will ein Gesetz einen gewissen Erfolg schlechtweg ausschliessen, so muss es dies sagen und darf nicht bloss den wichtigsten zu dem Ziele führenden Weg versperren. Verbietet ein Gesetz nur einen Weg zu einem missbilligten Ziel, während an andere zu demselben Ziele führende Umwege nicht gedacht wird, so kann der Satz, dass Handlungen in fraudem legis unzulässig sind, nicht helfen. Lässt sich nicht konstatieren, dass das Gesetz alle Wege zum Ziel hat sperren wollen, so ist der Umweg gestattet.“ Zur Erhärtung seiner Behauptung führt Leist[2] den § 1353 des Entwurfes zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich an. Nach diesem ist der Mann, wenn er bei bestehender Gütergemeinschaft Grundstücke, die zum Gesamtgut gehören, veräussern oder verpfänden will, an die Zustimmung der Ehefrau gebunden. Andererseits ist es möglich, dass diese Grundstücke belastet oder veräussert werden gegen den Willen des Ehemanns und der Ehefrau, wenn der Ehemann ein Darlehn aufnimmt. Der Gläubiger kann dann im Wege der Zwangsvollstreckung das Grundstück zur Versteigerung bringen oder mit einer Hypothek belasten. Zum Abschluss von Kreditgeschäften ist er ohne Einwilligung der Ehefrau befugt, für deren Erfüllung haftet auch das Gesamtgut. Auf diesem Wege kann man allerdings die Vorschrift des § 1353 umgehen. Der Schluss aber, den Leist hieraus zieht,

[1] a. a. O. S. 90, Anm. 111.
[2] a. a. O. S. 89.

ist u. E. verfehlt. Mit Recht betonen die Motive:[1] „Praktisch ist immer noch ein erheblicher Unterschied vorhanden, wenn man dem Ehemann die einseitige direkte Veräusserung der Immobilien versagt. Die Zwecke, welche der Ehemann bei der direkten Veräusserung verfolgt, wird derselbe auf dem indirekten Wege des Schuldenmachens nur selten erreichen, und es ist um so weniger zu besorgen, dass der Ehemann diesen Umweg betreten wird, als dieses Mittel über den Zweck jedenfalls weit hinausgeht.“ Es liegt hier ein Fall vor, in dem das Gesetz unvermeidlich zu einem Widerspruche gelangen musste. Es würde der ganze Charakter und das Wesen der Gütergemeinschaft auf den Kopf gestellt werden, wenn das Gesetz dem Ehemann die Befugnis, Schulden zu kontrahieren, entzöge. Der Ehemann ist das Haupt der Familie, ihm steht auch rechtsmässig die Verwaltung des Vermögens zu. Es geht nicht an, mit Leist diesen durch besondere Umstände gebotenen Ausnahmefall zu verallgemeinern und den Satz aufzustellen, dass das B. G. B. wenn es nicht nur einen Hauptweg, sondern alle zu demselben Ziele führenden Umwege verschliessen will, dies deutlich zum Ausdruck bringt. Würde man der Meinung Leist's folgen, so käme man notwendig zu dem Ergebnisse, dass das B. G. B. ein in fraudem legis agere überhaupt nicht kennt und mit durch den Wortlaut bestimmten Beschränkung auszulegen ist. Dass dies aber unmöglich dem Geiste des Gesetzbuches entspricht, geht schon daraus hervor, dass gerade in dem neuen Recht auf Treu und Glauben so grosses Gewicht gelegt und dem Ermessen des Richters ein weiterer Spielraum eingeräumt wird. Wir sehen ein Argument für die Richtigkeit unseres Standpunktes auch darin, dass der Gesetzgeber im § 133 bestimmt hat, bei der Auslegung einer Willenserklärung sei der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Wortes zu haften.

§ 11.

Sicherungscession.

I.

Ebenso wie Sicherungsübereignungen können auch Sicherungscessionen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch vorkommen. Das Institut als solches kennt das B. G. B. nicht. Auch hier werden wir zu der Untersuchung gedrängt, ob

[1] vgl. Bd. 4, S. 353.

Sicherungscessionen giltig sind. Die Litteratur zum B. G. B. hat sich bisher mit dieser Frage kaum beschäftigt, regelmässig wird die Sicherungscession, wenn ihrer überhaupt Erwähnung gethan wird, der Sicherungsübereignung analog behandelt. Einen eigenartigen Standpunkt nimmt Stammler ein. Er leugnet überhaupt die Zulässigkeit fiduciarischer Cessionen, woraus naturgemäss auch die Richtigkeit der Sicherungscession sich ergeben würde. Er folgert nämlich aus § 409[1] B. G. B., dass der Schuldner zwar das Recht habe, sich auf die fiduciarische Cession ebenso zu berufen, als wenn es eine völlig wirksame Abtretung wäre, aber nicht verpflichtet sei, sich mit einem Dritten angeblich Forderungsberechtigten einzulassen, der weder in unbeschränkter Weise sein neuer Gläubiger geworden sei, noch auch bloss als Stellvertreter des alten Gläubigers auftrete.[2] Dieser Ansicht können wir uns nicht anschliessen. Mit der Cession geht die Forderung auf den Cessionar über, ohne dass es auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ankommt. Nach aussen hin kann der Cessionar über die Forderung beliebig verfügen, der Schuldner ist in keiner Weise berechtigt, aus dem pactum fiduciae Einreden gegen den Cessionar herzuleiten. Es kann sich nur darum handeln, ob die Cession von den Parteien ernstlich gewollt ist, welchen Zweck sie verfolgt, geht den Schuldner nichts an. Die Nichtigkeit der Sicherungscession lässt sich aber aus einem anderen Grunde auch nach dem B. G. B. rechtfertigen.[3]

II.

§ 1280 B. G. B. lautet: „Die Verpfändung einer Forderung ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem

[1] § 409 B. G.-B.: „Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, dass er die Forderung abgetreten habe, so muss er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt. Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet wird.

[2] vgl. Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897, § 53, S. 196.

[3] vgl. Engel a. a. O. S. 56, welcher im Uebrigen von uns nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Ebenso Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduciarischen Rechtsgeschäfts in Gruchot's Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, 2. und 3. Heft, S. 232.

Schuldner anzeigt. Hiernach stellt das B. G. B. als Erfordernis einer giltigen Pfandbestellung an einer Forderung die Denunziation an den Drittschuldner auf. Die Uebergabe der Schuldurkunden, wie sie durch § 15 Einführungsgesetz R. K. O. vorgeschrieben war, wird nicht mehr verlangt. Es lässt sich auch hier darüber streiten, ob der Gesetzgeber lediglich die Voraussetzungen einer Forderungsverpfändung normieren oder ein absolutes Verbot der Forderungsverpfändung ohne Denunziation erlassen wollte. Um dies zu entscheiden, wird man wiederum auf die ratio legis zurückgehen müssen. Wir werden uns fragen, aus welchem Grunde das Gesetz eine Benachrichtigung an den Drittschuldner gebietet.

Die Motive[1] stellen sich hier folgendermassen: „In Ansehung der Bestimmung der Erfordernisse für die Verpfändung von Forderungen besteht die bunteste Verschiedenheit in den modernen Gesetzgebungen; — Bekanntmachung an den Drittschuldner, schriftliche Verpfändung, Uebergabe der Verpfändungsurkunde und Uebergabe der Schuldurkunde kommen als Erfordernisse einzeln und in verschiedenen Zusammensetzungen vor. Eine Steigerung der Erfordernisse der Forderungsverpfändung gegenüber den Erfordernissen der Forderungsübertragung behufs der besseren Kundmachung des Pfandrechtsbestandes ist nur erforderlich in Ansehung derjenigen Forderungen, welche durch blossen Abtretungsvertrag übertragen werden . . . . . Der Entwurf verlangt als Mehrerfordernis die in allen Fällen ausführbare Benachrichtigung des Schuldners. Die Wirkung einer gewissen Kundbarmachung ist einer solchen Benachrichtigung nicht abzusprechen. Infolge des Erfordernisses der Benachrichtigung müssen die Forderungen einzeln kenntlich gemacht werden; dadurch wird den Gefahren vorgebeugt, welche aus einer generellen, eine Mehrheit von Forderungen in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung sich ergeben würden. Endlich ist die Uebereinstimmung mit dem Prozessrechte und dem Konkursrechte von nicht geringem Gewichte . . . . . Erst mit der Erfüllung des Erfordernisses (Denunziation an den Drittschuldner) tritt die beabsichtigte Rechtswirkung ein. Eine vorhergehende dingliche Bindung, welche mit dem Vertragsschlusse eintritt, wird nicht vorgeschrieben und kann auch nicht durch die Privatautonomie der Vertragschliessenden bestimmt werden.“

[1] a. a. O. S. 477, 478.

Aus diesen Worten entnehmen wir, dass die Denunziation im öffentlichen Interesse wie die Tradition vom Gesetzgeber verlangt wird. Mit Recht hebt auch Dernburg hervor:[1] „Die Denunziation ersetzt den Schutz, welchen bei verpfändeten körperlichen Objekten die Regel, res transit cum suo onere, die Besitzübertragung gewährt.“ Wenn wir aber auf dem Standpunkt stehen, dass die Denunziation ein öffentliches Interesse in sich birgt, so kommen wir auch hier zu dem Schlusse, dass § 1280 B. G. B. ein Verbotsgesetz ist. Dass dies nicht mit bestimmten Worten ausgesprochen ist, steht unserer Ansicht nicht entgegen, da, wie wir schon früher ausgeführt haben, ein Gesetz sich nicht ausdrücklich den Verbotscharakter beizulegen braucht. Die Sicherungscession bietet nun ein Mittel, die Denunziation bei der Forderungsverpfändung zu umgehen, da zur Wirksamkeit der Cession, wie schon nach der herrschenden Lehre im allgemeinen Recht, eine Benachrichtigung an den Schuldner nicht erforderlich ist. Diesen Weg wollte u. E. der Gesetzgeber abschneiden, daher liegt wiederum ein Handeln in fraudem legis vor, wenn die Parteien sich der Sicherungscession bedienen.[2]

---

§ 12.

C. Schlussbetrachtung mit Rückblick auf die englische Gesetzgebung.

Das Resultat, welches wir aus unseren obigen Ausführungen erhalten, ist daher folgendes:

Die Sicherungsübereignungen und die Sicherungscessionen sind, da sie lediglich einem Pfandzwecke dienen, und diesen unter Verletzung der im öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Formen auf einem Umwege erreichen wollen, sowohl nach gemeinem Recht wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nichtig. Für die Sicherungscession wird dieses Ereignis praktisch nicht von grosser Bedeutung sein.

---

[1] vgl. Dernburg, Pfandrecht I, S. 464, 465.

[2] Auch Kuhlenbeck steht für das B. G. B. auf diesem Standpunkt. a. a. O. S. 401.

Meistens wird auch der Cessionar die Denunziation zu seinem Schutze vornehmen, wie auch, was nach gemeinem Recht in Betracht kam, eine Aushändigung der Schuldurkunden in der Regel erfolgt, weil der Cessionar zur Geltendmachung der ihm cedierten Forderung ihrer bedarf. Anders verhält es sich bei der Sicherungsübereignung. Diejenigen Momente, welche dort zur Erfüllung der Formerfordernisse führen, fallen hier weg. Es liegt den Parteien gerade daran, die Tradition zu vermeiden und zwar oft aus berechtigten wirtschaftlichen Gründen. Dass deshalb die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung vielfach grosse Härten im Gefolge haben muss, ist nicht zu verkennen. Es stehen sich hier Missstand und Missstand gegenüber. Einerseits soll der Kredit und damit die Allgemeinheit geschützt werden; andererseits handelt es sich um die wirtschaftliche Existenz des einzelnen Schuldners, dem die Möglichkeit genommen wird, auf sein unentbehrliches Mobiliarvermögen sich Geld zu verschaffen. Es ist daher die Frage aufgeworfen worden, ob es nicht heilsam ist, das Verbot der Mobiliarhypothek aufzuheben. Dem kann man nicht wie Bütow[1] schon mit der Behauptung entgegentreten, das Verbot der Mobiliarhypothek sei darum nützlich und müsse erhalten bleiben, weil die sogenannten „kleinen Leute“ verhindert würden, ihr letztes Hab und Gut zu verpfänden. Mit diesen allgemeinen Phrasen bringt er diesen Leuten keinen Trost; denn oft hoffen sie, durch den letzten Kredit sich vielleicht wieder emporarbeiten zu können. Im Uebrigen darf man nicht allein an die ärmeren Volksklassen denken. Von viel grösserer Bedeutung ist das Verbot der Mobiliarhypothek für die Industrie und die Landwirtschaft. Hier sind ungeheure Kapitalien in Betriebsmitteln angelegt, die nicht ohne Weiteres flüssig gemacht werden können. Der Gutsbesitzer ist gezwungen, auf sein Inventar Kredit aufzunehmen, da ohne dieses sein ganzer Betrieb einen Stillstand erleiden müsste. Nicht anders steht es mit industriellen Unternehmungen.

Trotzdem vermögen wir für die Aufhebung des Verbots der Mobiliarhypothek nicht einzutreten. Wir stellen das Interesse der Allgemeinheit höher als die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse einzelner Berufsklassen. Ein gesunder Realkredit ist nur möglich, wenn die deutschrechtlichen Prinzipien der Publizität und Spezialität zur

[1] a. a. O. S. 41.

Geltung gebracht werden. Bei der wesentlich Handel treibenden Bevölkerung Roms mochten die Nachteile der Mobiliarhypothek nicht so sehr fühlbar werden, da der Kredit grösstenteils Personalkredit war. Unter den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen des deutschen Rechtslebens war aber für das römische Pfandrecht keine Stätte. Der hier vorherrschende Realkredit drängte nach einer Sicherheit und musste überall zu einer Beseitigung der Mobiliarhypothek führen. Wenn sich die Mobiliarhypothek bei Schiffen erhalten hat, so bietet dieser Umstand kein Argument gegen unsere Auffassung. Thatsächlich werden nämlich Schiffe als Immobilien behandelt, wie auch ihre Verpfändung in das Schiffsregister des Heimathafens eingetragen und auf dem Schiffscertifikat vermerkt wird. Ebenso lässt sich ihre Identität unschwer feststellen. Will man zur Vermeidung der oben erwähnten Härten eine Verpfändung von beweglichen Sachen ohne reelle Tradition zulassen, hiermit aber gleichwohl den Vorteil des Publizitätsprinzips verbinden, so scheint uns die englische Gesetzgebung einen Ausweg zu bieten.

Auch in England herrschten dieselben Zustände wie bei uns in Deutschland. Ein Pfandrecht, bei welchem die zu verpfändenden Sachen im Besitze des Verpfänders blieben, begründete keine dingliche Sicherheit. Im Falle des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung musste der Gläubiger sein Geld verlieren. Und so versuchten die Parteien wie in Deutschland das Verbot der Mobiliarhypothek zu umgehen und kam ebenfalls auf das Institut der Sicherungsübereignung. Mit dem Jahre 1878 vollzog sich ein bedeutungsvoller Umschwung. Drei Gesetze sind in dieser Zeit ergangen: The bills of Sale Act 1878, Amendment Act 1882, The bills of Sale Act 1890. In diesen Gesetzen wird bestimmt, dass alle zur Sicherung einer Forderung dienenden Verträge in ein Register eingetragen werden müssen, falls die Sachen dem Gläubiger nicht übergeben werden. Es wird ein genaues Verzeichnis über die zur Sicherung bestimmten Sachen aufgenommen und vermerkt, dass dem Schuldner das Eigentumsrecht an dem verpfändeten Gegenstand zustehe.[1] Innerhalb sieben Tagen muss dann der Vertrag in das bei den Gerichten geführte Register eingetragen werden; nach fünf Jahren ist dieser

[1] vgl. Wilutzky, Reputed Ownership im Deutschen Recht, Deutsche Juristenzeitung, Jhrg. VII 1902, No. 9, S. 217.

Akt zu wiederholen. Um zu verhüten, dass die Schuldner ihre letzte Habe für einen geringen Kredit verpfändeten, wurde als Minimalgrenze ein Wert von 600 Mk. festgesetzt.

Linckelmann[1] weist auf diese Bestimmungen des englischen Rechts hin, und Kohler schliesst sich ihm an; letzterer hält dieses Beispiel „der genauen Beachtung wert.“ Kohler fügt noch hinzu, dass nach Züricher Recht auch für die Verpfändung von Vieh die Hypothek durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch zugelassen sei. Auch wir sind der Ansicht, dass durch die englische Gesetzgebung der Weg gezeigt und geebnet worden ist, die Verpfändung von Mobilien möglichst allen Beteiligten annehmbar zu machen. In gleichem Masse ist das Interesse des Gläubigers und Schuldners gewahrt; in diesen Gesetzen ist die Grundlage für eine Ordnung des Mobiliarkreditverkehrs geschaffen.

---

[1] a. a. O. S. 229—234.

Lebenslauf.

Am 31. Januar 1879 wurde ich, Fritz Caspari, als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Caspari und seiner Ehefrau Anna geb. Labaschin zu Berlin geboren. Meine Schulbildung erhielt ich von Ostern 1885 — Michaelis 1898 auf dem Leibniz-Gymnasium und verliess diese Anstalt mit dem Zeugnis der Reife. Demnächst midmete ich mich sieben Semester auf der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin dem Studium der Rechtswissenschaft und hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Privatdozenten:

> Bornhak, Brunner, Dickel, Gierke, Heilborn, Heymann, Hübler, Kahl, Kaufmann, Kohler, Lasson, v. Liszt, Mendel, Oertmann, Pernice †, Preuss, Rehme, Schmoller, Schollmeyer, Schwartz, Strassmann, Wagner, Weiffenbach.

Am 17. Oktober 1902 bestand ich beim Königlichen Kammergericht zu Berlin die erste juristische Prüfung. Seit dem 3. November 1902 bin ich im preussischen Justizdienst, zur Zeit beim Königlichen Amtsgericht zu Kalkberge Rüdersdorf beschäftigt.

Am 26. November 1902 legte ich vor der Juristenfakultät der Universität Rostock das Rigorosum ab.